**ITEM C: Ministério Público: História e princípios constitucionais. Organização. As funções constitucionais do Ministério Público.**

Obras consultadas:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª ed. Malheiros: 2009.

BERCLAZ, Márcio S.; MOURA, Millen C. M... Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. In Temas Atuais do Ministério Público. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 203-234.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. Lumen Juris: 2011.

MENDES, Gilmar.Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Saraiva: 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

SANTINI, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007

Legislação Básica

Art. 127 a 132 da CR/88.

LC n.º: 75/93 e Lei n.º: 8.625/93

Nota na atualização: ponto com algumas reformulações, mas a essência foi mantida. Destaque para a inclusão do item c) Organização. O último item foi renomeado (Era: A tarefa de custos constitutionis: legitimidade e limitações) e também reformulado, mas a essência mantida.

1. **História**

A história do Ministério Público não é muito clara. Tem-se relatos do seu surgimento no Egito há mais de quatro mil anos a.C, na figura dos Magiais, funcionários do real poder, que acumulava as funções cíveis e criminais. Na Grécia antiga, aponta-se o Temósteta ou Tesmoteta, cuja missão era a de denunciar os delitos à Assembléia do Povo ou Senado, para que este designasse um acusador. O papel de acusador não era realizado pelo Tesmoteta e sim por um cidadão escolhido para tal desempenho. Em Atenas, a figura Ministerial foi dissipada, pois a acusação era procedida pelo cidadão, mas há registros de Magistrados incumbidos de perseguir crimes públicos cometidos contra pessoas, quando houvesse receio de impunidade do acusado e nos casos em que a vítima não tomava o papel de acusador. Esses Magistrados eram denominados Tesmotestas. Contudo, há quem acredite que a origem dessa instituição se acha no direito francês, nas ordenanças de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, que impôs aos seus procuradores o mesmo juramento dos Juízes, proibindo-lhes o patrocínio de negócios que não fosse o do rei. Na Idade Média, especificamente na França, os Procuradores, a princípio, eram denominados Advogados do Rei, com atribuições, originariamente e exclusiva, em ações civis, qual seja, na defesa dos desprotegidos e hipossuficientes. Com o cerceamento da justiça privada, surgem as incumbências criminais. De todo modo: “**o MP é filho da democracia clássica e do Estado de Direito, nascidos na Revolução de 1789, que, abolindo o Estado autoritário do *Ancien Régime*, instituiu uma nova ordem, baseada no respeito à lei, como expressão da vontade geral**” (Mendes, 2008, p. 993).

Especificamente no Brasil, no período colonial, o Ministério Público funcionava na advocacia da fazenda pública e na promoção de ação penal, época em que deixou de ser privada e passou a ser pública. A institucionalização do Ministério Público em uma Constituição só ocorreu no ano de 1934, que detalhadamente previu a organização do Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, através de leis federais, bem como a instituição do Ministério Público nos Estados, mediante leis locais.

O Código de Processo Penal, datado de 1.941, atribuiu várias funções à instituição. O Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e de diligências, recebeu como regra, a titularidade na promoção da ação penal pública, embora ainda se permitisse o procedimento judicialiforme (procedimento penal ex officio), abolido pela Constituição de 1.988.

O período áureo do Ministério Público começou na década de 80. A publicação da Lei 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, concedeu ao *parquet* a função de defesa dos interesses difusos e coletivos. Até então, o Ministério Público desempenhava basicamente funções na seara criminal. No universo cível, o Promotor de Justiça tinha apenas uma atuação interveniente, funcionava como fiscal da lei em ações individuais e em casos específicos.

Atualmente, em razão da Constituição Federal de 1988, tem o Ministério Público maior liberdade para proceder às investigações visando a defesa dos direitos sociais e coletivos. Ao Ministério Público foi atribuída a função de proteger o patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Para desempenhar tais misteres, a Constituição da República, no art. 129, concedeu ao Órgão amplos poderes investigatórios e autonomia tamanha, que alguns lhe consideram um “quarto poder”.

Neste contexto, o Ministério Público é reflexo das garantias asseguradas ao cidadão pelo Estado Democrático de Direito. A redemocratização trouxe para o Ministério Público uma ampliação de sua área de atuação, a exigir de seus membros foco e estratégia de atuação.

As **Constituições da República anteriores** à de 1988, pouco deram importância ao Ministério Público. Vejamos: 1) Constituição de 1891 – citava tão somente que o Procurador-Geral da República era designado entre os membros do Supremo Tribunal Federal. 2)Constituição de 1934 – dizia que o Ministério Público era um órgão de cooperação nas atividades governamentais e a escolha do Procurador-Geral da República tinha que ter aprovação do Senado, criou ainda impedimentos ao exercício do cargo, bem como garantias aos Procuradores. 3) Constituição de 1937 – somente disse que o Procurador-Geral da República seria chefe do Ministério Público Federal. 4) Constituição de 1946 – o Ministério Público ganhou um título autônomo na Constituição, e impôs investidura aos cargos através de concurso público. 5) Constituição de 1967 – foi inserido no Capítulo do Poder Judiciário e a Emenda Constitucional 1/69 colocou-o entre os órgãos do Poder Executivo. 6) Constituição de 1988 – a nova Constituição atribuiu ao Ministério Público funções essenciais, bem como lhe concedeu autonomia administrativa e financeira e independência funcional.

**b) Princípios constitucionais**

O art. 127, da Constituição Federal brasileira determina quais são princípios constitucionais do Ministério Público.

**1) Princípio da Unidade**: unidade significa dizer que, no instante em que um membro do MP fala, ele está se manifestando em nome da instituição. Só existe um MP. Por isso, ele não representa, mas **presenta**, a instituição, pois é a própria instituição no exercício de suas funções. O MP deve ser observado como uma instituição única e seus membros integram um só órgão sob a direção de um Procurador Geral.

**2) Princípio da Indivisibilidade**: é corolário do princípio da unidade. Os membros do MP podem ser substituídos por outros no exercício da mesma função sem que tenhamos um óbice na atividade desenvolvida. Os membros não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituído, pois falam em nome da instituição.

**3) Membros do MP agem com independência funcional, sem obediência hierárquica quanto a suas atribuições:** o Ministério Público, depois da Constituição de 1988, é órgão constitucional independente, a serviço do cidadão. Se o constituinte lhe atribuiu tantas incumbências e lhe conferiu poderes e prerrogativas, fê-lo com a expectativa de que a instituição seja realmente instrumento do povo na defesa de seus direitos, até mesmo contra o Poder Público. Nesse contexto, pois, a independência se insere para garantir a consecução da finalidade da instituição. O MP detém também autonomia administrativa (§ 2º do artigo 127) e autonomia financeira (§3º do artigo 168, CF). Observação: importante nos atentarmos ao seguinte: existe a ideia equivocada de que a independência funcional justifica a inércia. Especialistas apontam o “abuso” da independência como uma causa de enfraquecimento do MP, pois torna-se difícil um planejamento estratégico a ser assumido por todos. A instituição, assim, torna-se um apanhado de “ilhas”. Claro que isso é negativo e não coaduna com a teleologia própria da fundamental independência funcional.

**c) A organização**

Encontra-se no art. 128 da CRFB/88 a básica divisão entre o MP da União (MPF, MPT, MPM e MPDFT) e o MP dos Estados. Tal desdobramento não retira o caráter nacional da Instituição, o que restou explicitado com a criação do CNMP. Registre-se: os MP´s junto aos TC´s (art. 130) possuem organização *sui generis*, conforme entendimento do STF (*cf* ADI 789), apesar de não constarem no rol do art. 128.

Importa observar que não há lei determinando rigidamente a divisão de atribuições perante os ramos do Judiciário. Pelo contrário, a lei admite o litisconsórcio ativo entre os MP´s (art. 5, § 5, Lei da ACP). Sobre a questão, esclarece Didier: “na prática, há um ‘acordo de cavalheiros” entre os órgãos dos diversos MP´s, cada qual ‘cuidando das causas de sua Justiça’. A partir dessa constatação, chegar à conclusão de que há relação de competência entre as atribuições e os diversos ramos do Judiciário seria um salto hermenêutico que não ousamos dar”. Prevalece, de todo modo, o entendimento de que para fixar a competência da J. Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo MPF.

No artigo “Para onde caminha o Ministério Público?(...)”, Márcio e Millen pugnam pela racionalização, regionalização e reestruturação do MP, para que se supere, entre outros considerados entraves, a “coincidência” com o Judiciário (órgão do MP – Comarca). Ao fim e ao cabo, em poucas palavras, o que se pretende é um MP cada vez mais resolutivo (soluções extrajudiciais) e menos demandista (soluções judiciais).

**d) As funções constitucionais do MP.**

O art. 127 da CR/88 nos dá notícia das atribuições genéricas do MP. Estas atribuições genéricas são esclarecidas pelo art. 129. O art. 129 traz as atribuições específicas (consequência do art. 127), cujo rol não é taxativo, conforme se extrai do inciso IX. Observe-se que somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal (LC 75/93 e 8.625/93).

A CR/88 diz que cabe ao MP a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). O MP, em regra, atua de duas formas[[1]](#footnote-1): a) como **órgão agente; b) c**omo **órgão interveniente**.

Como órgão agente, o MP ajuíza ações penais e ações civis na defesa do ordenamento jurídico. Nesse primeiro momento, atua como parte instrumental, na organização e na disciplina da sociedade através do direito. Ao lado desta função de órgão agente, o MP funciona também como órgão interveniente. Ele possui, mesmo sendo órgão interveniente, poderes de parte. Quando o MP funciona como órgão interveniente, ele atua pela natureza da parte ou pela natureza da relação jurídica processual.

A defesa do regime democrático está atrelada à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A defesa dos interesses sociais está relacionada aos interesses relacionados ao bem comum, aqui entendido como interesse geral, interesse de toda comunidade. Interesses sociais são interesses metaindividuais. Proteção da coisa pública e proteção dos bens mais elevados de uma sociedade.

Dentre as funções institucionais do Ministério Público, previstas no art. 129, tem-se a promoção da ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição (inciso IV). O MP como fiscal da federação defende o pacto federativo. Ele protege a Constituição. O instrumento para tal proteção é a **ação direta de inconstitucionalidade interventiva**. No instante em que o PGR ajuíza uma ação direta de inconstitucionalidade interventiva na defesa dos princípios constitucionais sensíveis, ele está defendendo o pacto federativo. Assim, está **funcionando como *custos constitutionis***. Ao promover a ação de inconstitucionalidade, o MP busca proteger a força normativa da Constituição, deseja que a Constituição seja obedecida, seja respeitada, atua como *custos constitutionis****.* A Participação do PGR (art. 103, §1º, da CF) nas “ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal” também é mais um exemplo do MP como “*custos constitutionis****”*.

**Em síntese**: em um sentido amplíssimo, pode-se considerar que o MP funciona como **fiscal da Constituição** por meio de todas as suas atitudes, judiciais ou extrajudiciais, na medida em que todas caminham no sentido de proteção direta ou ao menos indireta das normas da Constituição Federal. **Num sentido mais específico, fala-se em *custos constitutionis* como atividade do MP no âmbito do controle de constitucionalidade**.

**ITEM B: Poder Executivo. Histórico. Presidencialismo e Parlamentarismo. Presidencialismo de coalizão. Competências. Poder normativo autônomo, delegado e regulamentar. Ministros de Estado.**

Obras consultadas:

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Disponível em http://www.academia.edu/1956053/Presidencialismo\_de\_coalizao\_o\_dilema\_institucional\_brasileiro

FILHO, João Trindade Cavalcante. Roteiro de Direito Constitucional. 4ª Edição. Gran Cursos, 2011.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. A ideologia do “presidencialismo de coalizão”. Disponível em http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/anais\_ivsimp/gt4/7\_DaniloMartuscelli.pdf

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª Edição. Malheiros, 2011.

Legislação básica.

Não Informou

Nota: Em grande parte aproveitado o ponto correlato do resumo 26 CPR. apenas acrescentado o item 3. Presidencialismo de coalizão.

**1. Poder Executivo - Histórico.**

A expressão tem significado variado, ora como função ou Atribuição do Poder estatal (art. 2 CF), outra como o próprio órgão (art. 76 CF).

Função típica – chefia de Estado. Atípica – legislar por medida provisória (art. 62 CF) e julgar (apenas o Pedro Lenza utiliza esse exemplo) no “contencioso administrativo” no caso da defesa de multa de trânsito, do IPEM, da SEMAB, do CADE, TIT, etc. \*Crítica: A função jurisdicional é marcada pelo caráter definitivo da decisão, inexistente no contencioso administrativo!

**Sistema de governo** é o modo como se dá a relação entre os Poderes dentro de um Estado; sobretudo entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Diferencia-se da **forma de governo**, que é definida como o modo em que se dá a relação entre governantes e governados.

As principais espécies de sistema de governo são: **presidencialismo e parlamentarismo**. O parlamentarismo surgiu na Inglaterra, a partir dos séculos XII e XIII, como resposta contra os privilégios monárquicos. O presidencialismo remete ao sistema implantado em 1787 nos EUA, com a criação de um Executivo independente do Legislativo, e, ao mesmo tempo, sujeito ao sistema de pesos e contrapesos de Montesquieu.

O modelo político constitucional brasileiro apresenta uma **hiperpotencialização do executivo**, centrado na figura do Presidente que exerce o papel de Chefe de Estado (celebração de tratados e relações internacionais), Chefe de Governo (direção superior da Administração Federal), iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, expedição de regulamentos (art. 84 CF), iniciativa de projetos orçamentários, controle de despesas (art. 163 a 169 CF) e direção das forças armadas.

Konrad Hesse – Executivo, aquilo que não está na atribuição do Judiciário e do Legislativo (residual).

Origem do Presidencialismo => Convenção de Filadélfia no Estados Unidos da América, influência da monarquia limitada, ou constitucional, da revolução de 1688 na Grã-Bretanha, mas construído sobre o sistema Republicano.

Origem do Parlamentarismo => Construção lenta e histórica inglesa no século XVIII. Também possui como marco a revolução de 1688 e a consequente separação de poderes. Em razão da quebra sucessória dos Stuarts (ramo católico), o trono inglês foi assumido pela casa de Hanôver (Jorge I e II), de origem germânica sem identificação com a nação inglesa. Assim, a figura do primeiro-ministro ganhou destaque como o verdadeiro governante (o primeiro foi o Sr. Walpole). Surgiu a figura do impeachment (procedimento penal) e da responsabilidade política (seguir a linha política do parlamento, sob pena de renúncia forçada).

**2. Presidencialismo e Parlamentarismo.**

Quadro comparativo apresentado por **Bernardo Gonçalves Fernandes**:

|  |  |
| --- | --- |
| **Presidencialismo** | **Parlamentarismo** |
| Identidade entre chefia de estado e chefia de governo (são a mesma pessoa).Chefe de estado exerce função simbólica de representar internacionalmente o país e de corporificar a sua unidade interna.Chefe de governo executa as políticas públicas. Ou seja, é quem efetivamente governa e também exerce a liderança da política nacional. | Há uma não identidade entre chefia de estado e chefia de governo. O chefe de estado pode ser um rei (um monarca) ou um presidente, ao passo que o chefe de governo é o 1º ministro, que exerce o governo conjuntamente com o seu gabinete (conselho de Ministros). |
| **Estabilidade de governo**. Há a figura dos mandatos fixos para o cargo de presidente. | **Estabilidade democrática**, construída pelo povo nos processos democráticos. Pode até existir a figura do mandato mínimo e do mandato máximo, todavia ele não é fixo. Nesse sentido, tem por fundamento a existência dos institutos: I) possibilidade de queda do gabinete pelo parlamento (através da “moção de censura” ou “voto de desconfiança”) e II) possibilidade cotidiana de dissolução do parlamento pelo gabinete. |

**Conclusão** => No presidencialismo fica mais caracterizada a separação de funções estatais. Isso porque, conforme Michel Temer, no parlamentarismo verifica-se um deslocamento de uma parcela da atividade executiva para o Legislativo.

**Executivo Monocrático, Colegial, Diretorial e Dual** => Maurice Duverger → monocrático (rei, imperador, ditador, Presidente), colegial (dois homens com iguais poderes – cônsules romanos), diretorial (um comitê – antiga Ex-URSS e, ainda hoje, na Suiça)e dual (parlamentarismo).

Brasil – Executivo monocrático, art. 76 da CF.

**3. Presidencialismo de Coalizão[[2]](#footnote-2)**

A expressão foi criada por Sergio Abranches para descrever o presidencialismo brasileiro. A ideia essencial é: o presidencialismo no Brasil necessita de uma **coalizão entre partidos políticos**, pois, vigorando o multipartidarismo, jamais um único partido constituirá maioria. Sem tal coalizão, restaria inviabilizado o governo, pois um único partido não lograria êxito na aprovação de projetos e políticas públicas.

Tal coalizão ocorre em três etapas fundamentais: a) construção das coligações eleitorais; b) constituição do governo e c) governo implementado efetivamente pela coalizão.

Destaca-se que a coalizão entre partidos é característica do parlamentarismo (os partidos se unem para alcançar a eleição do primeiro ministro) e, no sistema brasileiro, convive com a eleição direta para presidente. O que se pode perceber é que há na matéria, *mutatis mutantis*, um fenômeno semelhante ao que ocorre no controle de constitucionalidade: reúnem-se aspectos da tradição norte-americana (controle difuso – presidencialismo) e da tradição europeia (controle concentrado – coalizão própria do parlamentarismo).

*Crítica*. Em artigo sobre o tema, Prof. Martuscelli alerta para a ideologia na utilização da expressão, pois, pode-se erroneamente acreditar que os partidos políticos e os governantes eleitos são os únicos que de fato conduzem o poder, negligenciando-se a constante presença do poderio econômico-financeiro. Em suma: é ingenuidade acreditar que, em última análise, quem governa é tão somente o presidente e a coalizão.

**4. Presidente da República.**

O Poder Executivo, nos termos do art. 76 da Constituição, é exercido pelo Presidente da República com o auxílio dos Ministros de Estado (cargos de livre nomeação e exoneração do Presidente da República).

O chefe do Poder Executivo é o Presidente da República, cujas condições de elegibilidade estão no art. 14, § 5º, é eleito mediante sufrágio universal, para um mandato de 4 anos (art. 82 CF), a partir do princípio da maioria absoluta. A reeleição é possível para um único período subseqüente, a partir da EC n. 16/97 (Link com Eleitoral – ocasional as condutas vedadas do art. 73 da Lei das Eleições).

A eleição é pelo critério majoritário absoluto, que, se não for alcançado no primeiro turno, exige, só então, a realização de novo escrutínio.

A linha sucessória do Presidente da República será: Vice-Presidente, Presidente da Câmara, Presidente do Senado e Presidente do STF (arts. 78 e ss. da Constituição).

|  |  |
| --- | --- |
| **Substituição – Impedimento** | **Sucessão - Vaga** |
| Temporário => Doença, férias. | Definitiva => Cassação, Renúncia, morte. |

**Mandato-Tampão**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Regras do art. 81 § 2º CF** | Vacância dos cargos de Presidente E Vice nos **dois PRIMEIROS** anos do mandato | Vacância dos cargos de Presidente E Vice nos **dois ÚLTIMOS** anos do mandato |
| Eleição | DIRETA (feita pelo povo) | INDIRETA (votam apenas os Deputados e Senadores) |
| Prazo | 90 dias a contar da última vacância | 30 dias a contar da última vacância |

Desde 1994, em sede de análise de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1057, o Supremo Tribunal Federal - STF tem reiteradamente entendido que o artigo 81, §1º, da Constituição Federal (regramento da sucessão presidencial no caso de dupla vacância) não é uma norma de reprodução obrigatória pelos Estados e Municípios em suas respectivas Constituições/Leis Orgânicas.

Segundo o Supremo, compete aos entes federados, como decorrência do princípio federativo, o exercício da autonomia política administrativa para estabelecerem as regras da sucessão na hipótese da dupla vacância na chefia do Poder Executivo.

Apesar de o Supremo Tribunal possuir posição firmada pela ausência de simetria há mais de uma década, a evolução jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral - TSE não acompanhou o mesmo entendimento imediatamente.

O TSE entendia que a sucessão na dupla vacância seria matéria de direito eleitoral, tema de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, I, da Carta Magna.

No entanto, em 30.6.2011 no julgamento do Mandado de Segurança nº 70.424, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o Tribunal Superior Eleitoral adotou o entendimento da Corte Suprema acerca da matéria no sentido que **a regulação da sucessão local trata-se de questão político-administrativa**, pois esta competência está ligada à **autonomia política dos entes federados** de dispor sobre a organização dos poderes locais.

No mencionado mandado de segurança havia uma inusitada lacuna normativa: a Lei Orgânica municipal previa a realização de eleição suplementar no caso vacância dos cargos de Prefeito e Vice-prefeito nos três primeiros anos de mandato, a ser realizada no período de 90 (noventa) dias, entretanto, sem dispor sobre a modalidade de eleição (direta ou indireta).

Na solução da lacuna normativa, o TSE acertadamente concluiu que deve haver a busca pela máxima efetividade à soberania popular, com a manifestação direta dos eleitores nas urnas, ainda que as eleições suplementares municipais ocorram no terceiro ano de mandato.

Em outras a partir do julgamento desse caso, a Justiça Eleitoral começou a ser provocada para analisar como ocorreria a sucessão dos cargos de Prefeito e Vice-Prefeito no segundo biênio do mandato, sendo que vedou as alterações oportunistas das Leis Orgânicas assim como a previsão de assunção do Presidente da Câmara de forma definitiva.

**Competência** - José Afonso da Silva classifica as atribuições do Presidente da República em três funções básicas: **a)***Chefia do Estado*: art. 84, VII, VIII, XVIII, segunda parte, XV, XVI, primeira parte, XIX, XX, XXI e XXII. **b)***Chefia do Governo*: art. 84, I, III, IV, V, IX, X, XI, XII, XIII, XIV,XVII, XVIII, primeira parte, XXIII, XXIV e XXVII. **c)***Chefia da Administração Federal*: art. 84, II, VI, XVI, segunda parte, XXIV,e XXV.

**Atribuições delegáveis** → Apenas três são delegáveis aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União: a) Inciso VI (*decretos autônomos*); b) Inciso XII (*conceder indulto e comutar penas*); c) Inciso XXV, **primeira parte** – prover (por lógica, abrange o desprover - *exonerar)* os cargos públicos na forma da lei.

**Poder Normativo Autônomo**: a EC n. 32/2001 positivou a figura dos decretos autônomos, estabelecendo que compete ao Presidente da República *dispor, mediante decreto, sobre: a) a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos* (art. 84, inciso VI, da Constituição).

A doutrina (veja-se Celso Antônio Bandeira de Mello) criticou duramente essa inovação, mas o STF a respaldou (*obter dictum* na ADI 3.254, relatora a Ministra Ellen Gracie).

**Poder Regulamentar**: previsto no art. 84, IV, da Constituição. O regulamento de execução explicita a lei sem inovar a ordem jurídica, sem criar direitos e obrigações, em face do princípio constitucional da legalidade. Segundo a doutrina, fixa as regras destinadas a colocar em execução os princípios institucionais delimitados e estabelecidos na lei.

**Poder delegado**: a delegação legislativa ao Presidente da República tem seus limites e contornos previstos no art. 68 da Constituição. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a delegação pode ser retirada pelo Congresso Nacional a qualquer momento.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Decreto Regulamentar** | **Decreto Autônomo** |
| **Natureza** | Secundário | Primário |
| **Inova no ordenamento** | Não | Sim |
| **Hierarquia** | Infralegal | Legal |
| **Matéria** | Em tese, qualquer lei | Taxativa (art. 84, VI CF) |
| **Previsão** | Art. 84, IV | Art. 84, VI |
| **Criação** | CF/1988 | EC 32/2001 |

**Prerrogativas** → NÃO possui imunidades materiais, apenas imunidades processuais! IMUNIDADES FORMAIS: Foro por prerrogativa de função (crime comum STF – crime de responsabilidade SF), Impossibilidade de prisão, salvo por sentença condenatória (precisa do trânsito em julgado? Doutrina não aborda, até mesmo pelo ineditismo prático do tema, mas o CESPE considerou desnecessário na prova para Delegado do Tocantins de 2008); Exame de admissibilidade pela CD (2/3 – tanto para o crime comum como para o crime de responsabilidade) e Imunidade processual temporária (por atos estranhos ao cargo, somente após o mandato – art. 86 §4 → consequências: prescrição fica suspensa, após o mandato não haverá controle de admissibilidade pela CD).

Constituição, art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. A definição e o procedimento estão disciplinados na Lei n. 1079/50.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Crime Comum** | **Crime de Responsabilidade** |
| **Natureza** | Infração Penal (crime) | InfraçãoPolítico-administrativa |
| **Penas Possíveis** | Reclusão, detenção,Perda de bens, etc. | Perda do mandato(impeachment) e inabilitaçãopara o exercício da função  |
| **Provocação** | PGR por meio de denúncia | Qualquer cidadão |
| **Juízo prévio****de admissibilidade** | Câmara dos Deputados (2/3) | Câmara dos Deputados (2/3) |
| **Juízo definitivo****de admissibilidade** | STF (decisão de recebimento da denúncia ou queixa) | Não há |
| **Competência** | STF | Senado Federal |
| **Afastamento das funções** | A partir da decisão de admissibilidade do STF | A partir da instauração do processo pelo Senado |

**Ministros de Estado** => Auxiliares do Presidente na direção superior da Administração Federal.

***Requisitos*** → nato ou naturalizado (salvo o Ministro de Estado da Defesa, nato, conforme o inciso VII do § 3 do art. 12 da CF); maior de 21 anos e estar no exercício dos direitos políticos.

***Atribuições*** → exercer a *orientação, coordenação e supervisão* de sua área de competência; *referendar* os atos e decretos assinados pelo Presidente (Michel Temer defende que os atos não referendados são nulos; já para o José Afonso da Silva, os atos não referendados são plenamente válidos, o única possível consequência é a demissão do Ministro); expedir *instruções* para a execução das leis, decretos e regulamentos (Instruções Normativas); apresentar *relatório anual* de gestão e praticar os atos *delegados* pelo Presidente.

Após a EC 32/2001, o art. 88 da CF determina que lei disporá somente sobre a criação e extinção de Ministério, não mais exigindo lei em sentido estrito para a determinação de estruturação e atribuições.

Crimes de responsabilidade sem conexão com o Presidente e nos crimes comuns são julgados pelo STF, nos crimes de responsabilidade com conexão com o Presidente a competência é do Senado Federal.

**ITEM B: Poder Judiciário: organização e competência. Normas constitucionais respeitantes à magistratura. O ativismo judicial e seus limites no Estado Democrático de Direito**

Obras consultadas:

Dirley da Cunha Júnior. Curso de Direito Constitucional. 5ª Edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

Gilmar Ferreia Mendes e outros. Curso de Direito Constitucional. 12ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

Daniel Sarmento. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Editora Fórum.

Legislação básica.

Capítulo III do Título IV da Constituição Federal.

Nota: Em grande parte aproveitado o ponto correlato do resumo 26 CPR

**1. Noções Gerais.**

O tema da divisão dos poderes está relacionado com a Teoria Geral do Estado e com o Direito Constitucional, já que o Poder Judiciário está compreendido da noção clássica da tripartição dos poderes do Estado.

O Poder Judiciário é o órgão do Estado que tem “(...) por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto” (SILVA, p. 553).

O Poder Judiciário está disciplinado no Capítulo III do Título IV da Constituição Federal, cujos órgãos estão descritos no artigo 92 do diploma constitucional.

Dentre outros aspectos, destaca-se que a Constituição regulamenta a organização e competência dos diversos órgãos encarregados da função jurisdicional, estabelecendo ainda os princípios aos quais estão submetidos seus agentes, cujo regime jurídico está disposto infraconstitucionalmente na Lei de Organização da Magistratura Nacional – LOMAN.

**2. Organização.**

O Poder Judiciário é uno e indivisível, tendo caráter nacional, conforme o voto do Ministro César Peluso na ADIn 3.367-1.

O Poder Judiciário tem por função típica o exercício da jurisdição, bem como funções atípicas de natureza legislativa (art. 96, I, CF) e administrativa (art. 96, I, *b, c* e *d*, CF).

O Poder Judiciário restou fortalecido pela CF/88, sendo-lhe asseguradas garantias institucionais e funcionais. São garantias institucionais a autonomia orgânico-administrativa (art. 96) e autonomia financeira (art. 99, §§ 1º a 5º). De outro lado, as garantias funcionais ou da magistratura visam a assegurar a independência e imparcialidade dos juízes (art. 95), quais sejam: vitaliciedade, estabilidade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, as quais serão analisadas no tópico n. 4, que segue abaixo.

A Constituição de 1988 dotou os tribunais de um poder de autogoverno, concretizado no seu artigo 96, inciso I.

A organização do Judiciário deve ser disciplinada no Estatuto da Magistratura, estabelecido em lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, observados os princípios previstos na Constituição (art. 93).

Seus órgãos estão elencados no artigo 92 da CF: STF, CNJ, STJ, Tribunais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares. São órgãos de superposição o STF, STJ e Tribunais Superiores da União.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, a criação ou extinção dos tribunais inferiores, bem como a alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, II).

A autônoma administrativa e financeira materializa-se nas outorga aos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Prevê-se ainda que As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

A Constituição contempla algumas diretrizes básicas para a organização do Poder judiciário como um todo, tais como ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (a comprovação da prática jurídica é disciplinada pela Resolução n. 75/2009 do CNJ), a promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, dentre outras previstas no artigo 93 da Constituição.

Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

Ainda, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Lembra-se, também, que as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Quinto constitucional: A CF reserva 1/5 dos lugares dos TRF's, TJ's, TST e TRT's aos membros do MP com mais de 10 anos de carreira e aos advogados, indicados em lista sêxtupla, com notório saber jurídico, reputação ilibada e mais de 10 anos de efetiva atividade profissional. São requisitos exaustivos, vedada a estipulação de outros por Constituições Estaduais (ver artigos 94, 111-A,I, e 115, I, todos da CF). Para o STF, seu número total não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante para o número inteiro seguinte. O STF também decidiu que o Tribunal pode recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, no caso de faltar requisito para a investidura, com base em razões objetivas, declinadas na deliberação do Tribunal. O que não pode é o Tribunal substituir a lista encaminhada pela respectiva entidade. A solução é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação para que refaça total ou parcialmente.

No STJ, 1/3 da composição deve caber, em partes iguais, aos advogados e membros do MP (art. 104, parágrafo único, CF).

Órgão especial: pode ser criado nos Tribunais com mais de 25 julgadores para exercer atribuições administrativa e jurisdicionais delegadas da competência do pleno (art. 93, XI, CF). Não podem ser delegadas atribuições políticas, com eleições de dirigente, e legislativas, como elaboração de regimento interno (art. 96, I, “a”, CF). Essa composição poderá variar entre 11 e 25 membros, sendo metade das vagas providas por antiguidade e a outra por eleição do Tribunal pleno.

Regime dos Precatórios:

Precatório judicial é uma ordem de pagamento emanada do Poder Judiciário e dirigida às Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença condenatória transitada em julgado que impõe a estas entidades uma obrigação de pagar.

O regime dos precatórios decorre da impenhorabilidade dos bens públicos, devendo a execução da obrigação de pagar imposta às fazendas públicas seguir o procedimento previsto no art. 100 da CF.

A EC 62/2009 promoveu diversas alterações no artigo 100 e acrescentou o artigo 97 do ADCT (regime especial de parcelamento).

Confiram-se informativos que tratam de ADI's propostas em face da referida emenda:

INFORMATIVO Nº 631

INFORMATIVO Nº 643

**3. Competência:**

STF: Órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja principal função é garantir a supremacia da Constituição, com competência adstrita a matérias constitucionais. A CF/88 e a EC 45/04 operaram inovações na jurisdição constitucional. É o intérprete maior da Constituição, mas “(...) não é um Tribunal Constitucional, seja porque a Constituição não lhe reservou essa natureza, seja porque integra o Poder Judiciário, sendo em muitos casos órgão recursal” (CUNHA JUNIOR/2011, p. 1092). Possui competência originária (art. 102, I, CF), recursal ordinária (art. 102, II, CF) e recursal extraordinária (art. 102, III, CF). Esse rol de competências é exaustivo, não podendo ser ampliado por norma infraconstitucional. A EC 45/04 passou a exigir demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas como requisito intrínseco de admissibilidade recursal do RE, julgando apenas questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transcendam os interesses subjetivos da causa. A mesma EC introduziu a possibilidade de edição de enunciado de súmula com efeito vinculante (art. 103-A, CF), regulamentado pela Lei n. 11.417/06). O STF tem competência, ainda, para apreciar a Reclamação Constitucional, que teve origem na jurisprudência a partir da teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), tendo sido incorporada ao Regimento Interno do tribunal em 1957 (ver art. 102, I, CF).

**Obs.: STF: organização e competência são tratados no ponto 5.b.**

STJ: compete-lhe uniformizar a interpretação da lei federal e garantir sua observância e aplicação. Foi criado pela atual CF para compreender a competência do ex-TFR e parte da competência do STF. Possui competência originária (art. 105, I), recursal (105, II) e especial (105, III). Anote-se a competência para julgar o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, nos termos do artigo 109, §5º, CF.

**Obs.: STJ: organização e competência são tratados no ponto 8.b.**

Tribunais e Juízes Federais: artigos 108 e 109 da CF. Ver Súmula 428 do STJ: compete ao tribunal regional federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária.

**Obs. Justiça Comum Federal: organização e competência são tratados no ponto 7.c**.

Justiça do Trabalho:

Trata-se de Justiça especializada em razão da matéria, portanto com competência taxativamente prevista na Constituição. Prevista pela Carta de 1934 e efetivamente instalada em 01/05/1941, como órgão do Poder Executivo ligado ao Ministério do Trabalho. Passou a ter os contornos hoje consagrados a partir da Constituição Federal de 1946, que a colocou como órgão do Poder Judiciário.

A CF/88 estruturou a Justiça do trabalho com os seguintes órgãos: 1) TST; 2) TRT's; 3) Juntas de Conciliação e Julgamento. Com o advento da EC 24/99, as Juntas de Conciliação e Julgamento foram substituídas por Juízes do Trabalho, os quais exercem sua jurisdição nas Varas do Trabalho (CF, art. 116).

As Varas do Trabalho são criadas por lei, podendo ser atribuída jurisdição aos Juízes de Direito nas comarcas não abrangidas por elas, mas o recurso será para o TRT respectivo.

Tribunal Superior do Trabalho

A composição da Justiça do Trabalho foi alterada pela EC 24 de 9/12/99, que eliminou a representação classista e substituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento por Varas do Trabalho.

Os juízes dos TRT's não são mais indicados em lista tríplice, contentando-se o inciso II do novo art. 111-A da CF que eles sejam indicados pelo próprio TST, sem exigir formação de lista tríplice.;

Tribunais Regionais do Trabalho

Juizes do Trabalho

A lei instituirá as Varas do Trabalho, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juizes de direito. Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular.

Observação: O art 2º da Emenda Constitucional nº 24, de 9.12.99 assegura o cumprimento dos mandatos dos atuais ministros classistas temporários do Tribunal Superior do Trabalho e dos atuais juízes classistas temporários dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento.

Competência da Justiça do Trabalho:

Compete à Justiça do Trabalho o processo e julgamento de ações decorrentes de relação de trabalho entendida esta como toda aquela submetida ao regime jurídico celetista. Na ADI n. 3.395, o STF deu interpretação conforme ao artigo 114, I, da CF, com a redação dada pela EC 45/04, para suspender toda e qualquer interpretação dada ao inciso, que inclua na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Estado e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Da mesma foram, excluem-se contratos de prestação de serviço regidos pelo CDC ou CC.

Importante observar o disposto no §3º do artigo 1114, no sentido de que em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A EC 45/04 incluiu na competência da Justiça do Trabalho julgar as ações que versem sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, não mais se aplicando a Orientação Jurisprudencial n. 04, da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, que tinha a seguinte redação: “A disputa intersindical pela representatividade de certa categoria refoge ao âmbito da competência material da Justiça do Trabalho”. A partir da emenda, a competência abrange ações entre sindicato de categoria econômica e a empresa por ele representada, desde que decorrentes de relação de trabalho (regime celetista).

Acresceu a competência do trabalho para julgar mandados de segurança quando envolver relação de trabalho, independente de quem seja a autoridade coatora. Antes o STJ entendia que a competência para o julgamento de mandado de segurança se verificava em razão da autoridade coatora, e não da matéria veiculada, o que restou alterado pela EC 45/04.

A citada emenda também acrescentou a competência da Justiça do Trabalho para julgar habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. No caso do habeas corpus, a hipótese mais comum é a de ordem de prisão do depositário infiel, já que falta à Justiça do Trabalho competência criminal. Antes da EC o STF e STF entendiam que o habeas corpus, por ter natureza criminal, ainda que impetrado em face de decisão proferida por juiz do trabalho em execução de sentença, em ação de natureza civil.

Merece destaque a Súmula Vinculante n. 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da EC N. 45/04”.

A Justiça do Trabalho também passou a ser competente para julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. Antes da EC 45 essa competência era atribuída aos Juízes Federais, que julgavam as ações propostas em face de autuações lavradas pelos fiscais do trabalho, por violação da legislação trabalhista pelo empregador.

Importante ressaltar, também, a competência da Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Essa competência foi conferida pela EC 20/98 – antes exercida pela Justiça Federal -, passando os juízes do trabalho a executar as contribuições sociais devidas pelo empregador e incidentes sobre a folha de salário de seus empregados e as contribuições sociais devidas pelo empregado, quando decorrentes das sentenças que proferirem. Não será competente no caso de acordo extrajudicial não homologado em juízo. Se houver homologação, sim (STJ, CC n. 41233/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.11.2004).

Justiça Eleitoral:

São órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral; os Tribunais Regionais Eleitorais; os Juizes Eleitorais e as Juntas Eleitorais.

Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.

Tribunal Superior Eleitoral

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

\* mediante eleição, pelo voto secreto de seus próprios membros:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

\* por nomeação do Presidente da Republica, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal, sem participação da OAB.

O Tribunal Superior Eleitoral elegera seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas-corpus* ou mandado de segurança, que se sujeitam a recurso extraordinário e ordinário para o STF, respectivamente.

Tribunais Regionais Eleitorais

Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal. Compor-se-ão mediante eleição, pelo voto secreto, de dois juizes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça e de dois juizes, dentre juizes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo. Alem disso, por nomeação, pelo Presidente da Republica, de dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores. Os juizes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no minimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em numero igual para cada categoria.

Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: a) forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; b) ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; c) versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; d) anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais ou e) denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas-data* ou mandado de injunção.

Obs.: O MP não participa da composição dos tribunais eleitorais.

Justiça Militar:

A Justiça Militar se compõe do Superior Tribunal Militar, os Tribunais e Juizes Militares instituídos por lei, que disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência.

O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exercito, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da Republica dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e dois, por escolha paritária, dentre juizes auditores e membros do Ministério Publico da Justiça Militar. A Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei

Justiça Estadual

Artigos 125 a 126 da CF. A competência da Justiça Estadual é residual, compreendendo tudo o que não for de atribuição da Justiça Federal, do Trabalho ou Eleitoral.

Juizados Especiais e de Paz:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

Também criarão justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de oficio ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, alem de outras previstas na legislação. (art. 98)

CNJ: Apesar do CNJ integrar a estrutura do Poder Judiciário Nacional, não dispõe de função jurisdicional. Foi criado pela EC n. 45/04 (Reforma do Judiciário), que o incluiu no art. 92 e especificou competências no art. 103-B. Cuida-se de órgão administrativo de controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar do Poder Judiciário, exceto STF, e de correição acerca do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Não pode interferir na independência funcional dos membros e órgãos do Poder Judiciário, nem na autonomia administrativa e financeira. Podem ser ser conferidas outras atribuições pelo Estatuto da Magistratura (art. 103-B, §4º, CF). Não possui competência sobre o STF, que, na condição de órgão máximo do Judiciário, tem preeminência sobre o CNJ, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional (art. 102, I, *r*, e art. 103-B, §4º, CF). É composto por 15 membros, sendo 09 magistrados, 02 membros do MP, 02 advogados e 02 cidadãos (art. 103-B, CF). O STF decidiu que a instituição do CNJ é constitucional, não ferindo o princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea), pois se trata de órgão de natureza exclusivamente administrativa. Na mesma oportunidade, decidiu que Estados-membros não possuem competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça (ver ADI 3.367).

**4. Normas constitucionais respeitantes à magistratura.**

A Constituição de 1998 assegura aos magistrados as seguintes garantias: a) vitaliciedade; b) inamovibilidade; c) irredutibilidade de vencimentos.

A vitaliciedade assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado

No primeiro grau a vitaliciedade só será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, nesse período, mediante de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado.

A inamovibilidade garante que o juiz não seja removido do cargo ex officio. No entanto, a Constituição permite ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria de magistrado, por interesse público, fundada em decisão corroborada pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa

A irredutibilidade afasta qualquer possibilidade de decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios dos magistrados.

Aos juízes impõem-se algumas vedações específicas, tais como: a) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério (inclusive de natureza privada, Resolução n. 10/2005, CNJ); b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; c) dedicar-se à atividade político-partidária; d) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Lembra-se que para exercer atividade político-partidária, deverá o magistrado filiar-se à partido político e afastar-se definitivamente de suas funções (exoneração ou aposentadoria) até seis meses antes das eleições, prazo de desincompatibilização previsto na LC 64/90.

**5. Ativismo Judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito**

A Democracia, em linhas bastante singelas, pode ser conceituada como a necessidade de o povo encabeçar as decisões políticas mais importantes, determinando o direcionamento a ser adotado pelo Poder Público. Por questões operacionais e de efetivação, o povo exerce a democracia, via de regra, por meio de seus representantes eleitos pelo sufrágio, que irão compor o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

O Estado Democrático de Direitos, além da participação do povo na vontade política e a previsão de um catálogo de direitos fundamentais que conforma essa atuação estatal, tem também como característica a separação dos poderes instituídos, de forma clara e bem definida (apesar dos poderes se inter-relacionarem e se controlarem), como uma medida de salvaguarda contra o abuso e o autoritarismo.

Apesar de o poder político que emana do povo ser uno, ele se decompõe em funções típicas primordiais de: edição das leis e fiscalização (cabe primordialmente ao Poder Legislativo), interpretar e aplicar a lei para a resolução de conflitos (cabe primordialmente ao Poder Judiciário) e administrar, intervir, e executar (cabe primordialmente ao Poder Executivo).

Daniel Sarmento entende que a visão clássica de separação de poderes não pode consubstanciar um Estado mínimo e absenteísta. O neoconstitucionalismo passou a prever uma significativa mudança de papel do Estado e de seus poderes públicos para que atuem energicamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes.

O Ativismo Judicial representa o rompimento com a postura positivista, fortemente arraigada sentido de que a função que cabe ao Poder Judiciário seria meramente de aplicar a letra fria da lei, designando uma postura proativa dos Magistrados na interpretação e aplicação da norma, especialmente da Constituição, **de forma a expandir seu sentido e alcance, participando o Juiz no processo de criação da norma e concretização dos valores da Constituição.**

Está intimamente ligado com o conceito de justicialidade, que pode ser traduzido na exigibilidade judicial das normas constitucionais, conceito que ganhou importância com a ideia de força normativa da Constituição e com a expansão dos mecanismos e legitimados para o controle de constitucionalidade, assim como a ampliação de seus efeitos que passaram a ser erga omnes e vinculantes. Somados os conceitos de jusiticialidade para exigir efetivação de valores constitucionais à ideia de que estes seriam direitos subjetivos e com carga valorativa normativa, tem-se o resultado de que se esses direitos subjetivos não forem concretizados, o indivíduo pode ingressar em juízo para exigir do poder público uma prestação jurisdicional garantidora ou efetivadora.

O Judiciário, principalmente por meio do controle de constitucionalidade, **passa a ser ator proativo que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes**. Sobreleva esse papel fundamental frente a uma crise de representatividade política, refletida em pesquisas de opinião que demonstram pouquíssima crença nos Poderes Legislativo e Executivo e nos partidos.

Sarmento avalia que esse ativismo judicial é muito bem-vindo no contexto brasileiro, sobretudo quando se trata da proteção de direitos fundamentais de minorias e correção de algumas disfunções do processo político. Mas o próprio Autor menciona que nem sempre a adoção do ativismo judicial vem em favor da sociedade ou de uma parte dela. Um exemplo dessa postura são as condicionantes impostas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, que limitaram gravemente os direitos fundamentais dos índios, constituindo hipótese clara de ativismo judicial voltada contra a proteção de grupo vulnerável. Também critica um ativismo exacerbado, que não pode ameaçar um espaço legítimo da política majoritária, da política parlamentar.

Por isso esse ativismo encontra (ou deve encontrar) limites, não podendo ser banalizado, sob pena justamente de contrariar um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O protagonismo do Poder Judiciário gera uma tensão com a democracia, porque seus membros não são eleitos pela vontade popular, por isso tais conflitos deverão ser administrados de forma que não gerem um abalo institucional, devendo ser comedido, resguardar o sistema democrático e visar a realização dos direitos fundamentais.

A postura proativa do julgador deve ser justificada na perspectiva do caso concreto, notadamente nas hipóteses de flagrante omissão inconstitucional do Poder Público e nos chamados casos difíceis (hard cases), em que a solução não se apresenta pronta ou clara no ordenamento, demandando ponderação de interesses e a plena manipulação dos mecanismos oferecidos pelo próprio ordenamento, exigindo ainda fundamentação argumentativa substancial.

Nenhuma intervenção judicial no âmbito político pode ser desmotivada ou despropositada. Deverá haver a provocação através de uma parte legitimada, sendo observado o devido processo legal e exigindo retorica argumentativa do decisor com fundamentação robusta e consistente. E o ativismo só se legitimará em razão de margem de discricionariedade deixada pelo Legislador ao órgão julgador e se o caso concreto exigir tal postura.

Daniel Sarmento lista alguns parâmetros que, em sua opinião, deveriam ser adotados para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e, por consequência, do grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, tudo visando a harmonia e o equilíbrio do Estado Democrático de Direito:

1. Grau de legitimidade democrática do ato normativo - O foco aqui não é o conteúdo da norma, mas a maneira como ela foi elaborada. Quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade.
2. O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de cesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.
3. Proteção de minorias estigmatizadas. O processo político majoritário, que tem lugar no Parlamento e no governo, pode não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis. O insulamento judicial diante da política eleitoral permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas. Esse argumento é um dos que justifica a adoção de uma postura mais ativista do STF no histórico julgamento sobre união homoafetiva e política de cotas raciais.
4. Comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. É recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito, como ocorre, por exemplo, na seara da regulação das atividades econômicas.
5. Deve ser considerada a época de edição do ato normativo. Normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente. Vários argumentos justificam esse parâmetro. Um deles é a democracia: o contexto político anterior à Constituição de 88 não era democrático — ressalvado apenas o período entre a promulgação da Constituição de 1946 e o golpe militar de 1964.

**ITEM A: Direitos sociais: enunciação, garantias e efetividade. Princípio da proibição do retrocesso. Mínimo existencial e reserva do possível.**

Obras consultadas:

Cunha Jr, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Editora Juspodivm, 2011. 6ª Edição.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Lumen Juris, 2011. 3ª Edição.

Krell, Andréas. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.

Sarmento, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo. 2010.

Legislação básica.

Art. 6º, 7 (trabalho), 194 (seguridade social), 196 (saúde), 205 (educação), CF.

**1. Conceito.**

“(...) verdadeiras condições de implementação do objeto primário da justiça social (...), ou seja, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.” (CUNHA JR., p.759)

“(...) são aquelas posições jurídicas que credenciam o individuo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a *igualização de situações sociais desiguais*.” (CUNHA JR., p.759)

**DIREITOS SOCIAIS.**

**ENUNCIAÇÃO**

Direitos de segunda dimensão.

Crise da tradição do Estado Liberal – Consagração do Estado Social

Marcos históricos clássicos: constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

Marcos históricos reais: tratados e instituições internacionais de proteção dos direitos sociais dos trabalhadores.

Marco histórico Brasil – C/1834 - Título II da CF (Capítulo I – Direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II – Direitos sociais; Capítulo III – Direitos de nacionalidade; Capítulo IV – Direitos políticos e Capítulo V – Partidos políticos). Seguridade e da educação.

Há 3 posições sobre a *fundamentalidade dos direito sociais*:[[3]](#footnote-3)

a) todos os direitos sociais são formal e materialmente fundamentais: por isso **a sua mera enunciação na CF seria suficiente lhes atribuir um regime diferenciado de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e de limite material para a reforma da constituição (art. 60, § 4º, IV)**;

b) todos os direitos sociais são apenas formalmente fundamentais, e, por isso, são normas programáticas que não geram direitos subjetivos e não limitam o constituinte derivado;

c) direitos sociais são apenas formalmente fundamentais, **sendo materialmente fundamentais apenas no que tange ao seu núcleo essencial (mínimo existencial):posição amplamente aceita pela maior parte da doutrina e jurisprudência.[[4]](#footnote-4)**

**GARANTIAS**: Conforme clássica classificação de Barroso (BARROSO, 2006, p. 119), há 3 espécies de garantias para a efetivação dos direitos sociais:

a) sociais: relacionam-se com a participação do indivíduo no controle do processo político e no exercício do direito de petição (art. 5º, XXIV);

b) políticas: destaca-se principalmente o controle externo da administração pelo Congresso, com auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 CF); e

c) jurídicas: são aqueles buscados principalmente pela via jurisdicional, destacando-se o mandado de segurança (art. 5o, LXIX e LXX); a ação popular (Art. 5o, LXXIII); o dissídio coletivo (art. 114, § 2º); o mandado de injunção (art. 5o, LXXI); o habeas data (art. 5o, LXXII); a ação civil pública (art. 129, inc. III) as ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ADPF (art. 102, § 1º), a ação de declaratória de inconstitucionalidade de por omissão (art. 103, § 2º).

**EFETIVIDADE NORMATIVA**:

Visão tradicional de separação estanque dos poderes implica numa concepção de direitos sociais como normas programáticas, normas de baixa efetividade.

Atualmente, “elas não representam meras recomendações (conselhos) ou preceitos morais com eficácia ética-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.” (KRELL, p. 20)

**Direitos na Medida da Lei** (Massgabegrundrechte) – **Direitos sociais só se realizam na medida em que as leis os efetivarem.**

**PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO**:[[5]](#footnote-5) “**Limite material implícito**, de forma que os direitos fundamentais **sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional,a não ser que tenha prestações alternativas para os direitos em questão.” (FERNANDES, p. 474)**

a) Conteúdo negativo: respeitar **a não supressão ou a não redução do grau de densidade normativa.**

b) conteúdo positivo: **efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais, para a constante redução das desigualdades fático-sociais.**

A discussão sobre a vedação de retrocesso está diretamente relacionada com os direitos sociais, mas não apenas com eles.[[6]](#footnote-6) Em essência **traz mais uma limitação à liberdade de conformação do legislador, de modo que o núcleo essencial dos direitos sociais, efetivados por medidas legislativas, não mais poderia ser violado, sem o oferecimento de medidas compensatórias**. No STF o princípio não ganha força, tendo sido refutado na ADI 2.065/DF, na qual se questionava a constitucionalidade de MP que, dentre outras coisas, revogava dispositivos da lei de custeio de seguridade social (Lei 8.213/91), extinguindo o Conselho Estadual e Municipal da previdência social.

**CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE**: No plano internacional o constitucionalismo dirigente é atribuído, apenas dentre nós brasileiro e de forma equivocada, a Canotilho e seus escritos no contexto da Constituição portuguesa socialista de 1976. Trata-se de uma proposta de constituição que **pretende estabelecer um projeto social compreensivo para o futuro, vinculando a totalidade das decisões, no âmbito social, político e econômico, das gerações futuras, motivo pelo qual impõe deveres positivos/prestacionais para o Estado**.

**A constituição dirigente contrapõe-se a constituição garantia, modelo clássico do sec. XVIII, cuja função é proteger o status negativos e os direitos de liberdade dos indivíduos contra o arbítrio estatal**. No Brasil o movimento **ganhou força na discussão sobre a efetividade das normas constitucionais, primeiramente na formulação de José Afonso da Silva e depois com Barroso e seus seguidores.**

Conquanto ainda muito difundido na jurisprudência não especializada, o movimento tende a perder força, não apenas em função da revisão que Canotilho fez de suas teses, mas também em decorrência dos influxos neoconstitucionalistas.

Canotilho agora, passa à defesa de um **“Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”.**

**Mínimo Existencial e Reserva do Possível**

**Resumo esquemático**

**Mínimo Existencial** – para que se possa usufruir dos direitos de liberdade (direitos individuais), antes se faz necessário a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos.

**SARMENTO (p. 204-205):**

 a) dimensão negativa: opera **num limite, impedindo a prática de atos pelo estado ou por particulares que subtraiam do individuo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna**;

b) **dimensão positiva:** conjunto **essencial (mínimo) de direito prestacionaisa serem implementados e concretizados que possibilitam ao individuo uma vida digna.**

ADPF **45** (controle judicial das politicas publicas) e RE 410.715/SP – Analise do STF sob o mínimo existencial.

**Reserva do Possível** – concepção de que “...o objeto dos direitos sociais **depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários para satisfazê-los**.” (CUNHA JR., p. 761)

SARMENTO, delimitação de aplicação: (p. 199-201)

a) fático: razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes.

b) jurídico: dois aspectos: 1. Admissão que os poderes públicos precisam fazer escolhas de prioridades. 2. Que os direitos sociais fiquem absolutamente vinculados as escolhas exercidas.

Assim, o autor **é pela possibilidade excepcional da atuação do Judiciário para a concretização de direitos sociais (essenciais) previstos constitucionalmente,** nos moldes e parâmetros acima.

**Texto analítico**

Segundo Luís Roberto Barroso efetividade “é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, enfim, a realização do Direito”. É diferente de eficácia, que é a aptidão para produzir efeitos, enquanto a efetividade é a entrega do resultado, a implementação do direito.

A ideia de justicialidade pode ser traduzida na exigibilidade judicial das normas constitucionais, que seriam direitos subjetivos com carga valorativa normativa, podendo o indivíduo ingressar em juízo para exigir do poder público uma prestação jurisdicional garantidora ou efetivadora dessas normas constitucionais fundamentais.

E se tem que os direitos fundamentais importam para o Estado uma obrigação dúplice com eficácia positiva e negativa. A norma constitucional gera uma prestação positiva no sentido de um poder jurídico de exigir um fazer. E também gera um viés negativo, um dever de não fazer (dever de abstenção).

Os direitos individuais de 1ª dimensão são essencialmente negativos. Já os direitos sociais de 2ª dimensão são preponderantemente positivos, exigindo um fazer por parte do Estado e aqui residem atualmente perspectivas de tensões que põem frente às normas programáticas e direitos sociais, que apresentam objetivos a serem alcançados e a capacidade financeira do Estado para fazer frente às essas exigências.

Contextualizando a questão já proclamou a Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).” ADPF n° 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO

O **Mínimo Existencial** está ligado com a ideia de justiça social, com um direito fundamental essencial e inerente a todo e qualquer ser humano, como base e alicerce para uma vida digna. Refere-se aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”, que visa não só garantir a própria existência, mas mais do que isso, uma existência minimamente digna.

Abrange um conjunto de prestações materiais necessários e absolutamente essenciais para todo os seres humanos, ligados à todas as dimensões de direitos, mas com primazia para os direitos de 2ª dimensão (prestações positivas ou de fazer).

Vale ressaltar que esse mínimo existencial varia de acordo com cada sociedade, com enfoque nas peculiaridades, necessidades ou anseios dentro do contexto histórico em que inseridas, mas sempre se poderá falar em uma agenda em comum, como saúde, educação, segurança, etc...

A esse mínimo existencial se contrapõe a **Reserva do Possível**, pois diante do alargamento do catálogo de direitos fundamentais surgiu um outro problema que é a falta de recursos. Se antes o problema era a ausência de direitos que garantissem direitos sociais, a questão agora se centra na necessidade de recursos financeiros para implementar e assegurar tais direitos, nomeadamente os prestacionais. Por isso é também conhecido como reserva do financeiramente possível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica / possibilidade financeira.

Por isso é importante e necessário assegurar uma meta prioritária na elaboração do orçamento público, porque deve ser finalidade do Poder Público não se eximir das obrigações constitucionais, implementando políticas públicas como estratégia para garantir a execução do mínimo existencial.

Por fim, vale frisar que tanto o STF como o STJ vem afastando quase como regra a alegação da reserva do possível, principalmente em demandas que envolvem questões básicas como saúde e educação:

*ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.*

*1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.*

*2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.*

*3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.*

*4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.*

*5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.*

*6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.*

*Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).*

*7. Recurso Especial provido. (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)*

E mais, os Tribunais Superiores estão exigindo que o Poder Público faça prova concreta da reserva do possível, ou seja, comprove efetivamente nos autos que não existem recursos financeiros disponíveis para a implementação de políticas públicas, não bastando a mera alegação como forma de eximir-se dos deveres constitucionais impostos.

**ITEM A: Poder constituinte derivado. Limitações à reforma constitucional. Cláusulas pétreas expressas e implícitas. As mutações constitucionais.**

Obras consultadas:

Daniel Sarmento, Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho ,1ª Ed., Editora Fórum.

Legislação básica.

Não Informou

***1. Poder Constituinte Derivado***

Segundo Daniel Sarmento, **Poder Constituinte Derivado** envolve reforma constitucional (**poder derivado reformador**) e o poder de os Estados-membros elaborarem e modificarem as suas próprias constituições (**poder derivado decorrente**). Também segundo alguns doutrinadores, ainda nesse contexto, estariam os poderes outorgados aos Municípios de editarem suas leis orgânicas.

Trata-se de um poder constituído ou instituído, que diferentemente do poder constituinte originário, tem como características a **derivação**, a **subordinação** e o **condicionamento**.

A CR 88 previu 3 mecanismos para a sua própria alteração: (a) emendas constitucionais; (b) incorporação de tratados de direitos humanos acolhidos por votação qualificada (bloco de constitucionalidade); (c) e a revisão constitucional, já realizada.

**Emendas Constitucionais** são a forma regular pela qual o poder constituinte reformador se manifesta. A supremacia da Constituição impõe que a mudança seja mais difícil que a alteração ou edição da legislação infraconstitucional, de modo a preservar os valores mais caros idealizados na constituinte. Contudo seria insensato, antidemocrático e politicamente inviável prever a imutabilidade constitucional.

A **revisão constitucional** foi um processo simplificado de alteração do texto constitucional, que deveria ocorrer (como efetivamente ocorreu) uma única vez, tratando-se de preceito de eficácia exaurida. O quórum de aprovação era de maioria absoluta, tomada pelo Congresso em sessão unicameral.

A aprovação de **tratado internacional de direitos humanos**, de acordo com o procedimento previsto no art. 5, § 3º, da CR 88, confere a este o status de emenda constitucional, passando a compor o bloco de constitucionalidade. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade e conformam todo o ordenamento infraconstitucional. No caso de conflito entre o tratado incorporado dessa forma e preceito constitucional, deve prevalecer o que for mais favorável ao titular do direito. Uma lei ordinária que com ele conflite será inconstitucional, mas pode ser que esta lei ordinária confira maior proteção e não contará com qualquer mácula.

O **poder constituinte derivado decorrente** é aquele conferido aos Estados membro da Federação para criarem suas próprias constituições, o que no federalismo compõe a noção de autonomia estadual e poder de auto-organização. Justifica-se pela necessidade de os entes federativos poderem se estruturar conforme peculiaridades e vontade de seu povo. É **condicionado**, devendo observar o preceito descrito na CR. Para o STF deve ser observado o princípio da simetria, segundo o qual a reforma das Constituições Estaduais devem se espelhar no modelo federal.

Há tensão entre as demandas por mudança e a permanência da Constituição, sendo de suma importância a análise dos limites ao poder reformador, regulados no próprio texto constitucional.

***1.1. Limitações às reformas constitucionais***

Os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado, pela própria Constituição, podem ser de natureza: (a) **formal**, que dizem respeito ao procedimento de alteração; (b) **circunstancial**, que estabelecem os momentos específicos, de crise institucional, em que a Constituição não pode ser modificada; (c) **temporal**, preveem intervalos mínimos de mudança ou impedem alterações por um determinado interregno; (d) **material**, que vedam deliberações e o retrocesso de certas matérias.

Limites expressos estão claramente positivados no texto, sendo de percepção automática. Limites implícitos não estão positivados de forma clara e evidente, mas podem ser revelados via hermenêutica.

Daniel Sarmento fala ainda em **limites imanentes**, que seriam aqueles positivados expressa ou implicitamente no texto constitucional; bem como **limites transcendentes**, que seriam suprapositivos, como as obrigações assumidas na esfera internacional.

No Brasil, é entendimento pacífico que os limites ao Poder Constituinte Derivado são juridicamente vinculantes em observância ao Poder Originário, podendo ser objeto de proteção judicial por controle abstrato ou concreto. O STF admite inclusive, **de forma excepcional** **(STF. Plenário. MS 32.033/DF, j. 20/06/2013)**, o controle preventivo de Emendas Constitucionais, a partir de mandados de segurança de parlamentares. Vale frisar que a Corte Suprema decidiu que a regra é não se admitir a ação judicial para realizar controle prévio de atos normativos. Haveria duas exceções em que seria possível esse controle prévio: **(a) caso a proposta de Emenda Constitucional seja contrária à cláusula pétrea; (b) na hipótese em tramitação de projeto de lei ou emenda violar as regras do processo legislativo.**

Alguns exemplos de limites trazidos por Daniel Sarmento:

1. **Formais** – Seriam regras importantes para manter a rigidez constitucional. Cita como exemplos a própria iniciativa de emenda constitucional, que é restrita ao Presidente da República; ao mínimo de 1/3 de membros do Senado ou da Câmara; e à mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros. Também maioria qualificada de 3/5 exigida para aprovação de emendas, votada em cada casa do Congresso, em dois turnos de votação, é espécie de limitação formal.
2. **Circunstanciais** – Visam impedir que se aprovem mudanças na Constituição durante momentos de crises institucionais, quando a irracionalidade pode prevalecer. A CR 88 vedou a reforma constitucional na vigência de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio.
3. **Temporais** – São estabelecidos limites temporais para conferir maior estabilidade à Constituição, vedando mudanças prematuras do texto e permitindo o amadurecimento da questão. A CR 88 veda que matéria constante de projeto de emenda rejeitada ou prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (período anual de funcionamento do Congresso). A CR 88 também previu prazo para a realização da revisão constitucional, que já se exauriu.

(d) **Materiais** – Segundo Daniel Sarmento “os limites materiais ao poder de reforma subtraem do alcance do poder do constituinte reformador determinadas decisões.” São restrições consubstanciadas nas **cláusulas pétreas**, que visam equacionar o constitucionalismo e a democracia. Nessa equação Sarmento verifica certa tensão entre a vontade do constituinte que vincula as gerações futuras, estas tendo de se submeter a decisões que não tomaram.

Sarmento defende a técnica das cláusulas pétreas, tecendo argumentos que as legitimam. O argumento tradicional mais frequente é o de que sua criação decorre de uma decisão do próprio povo e a intensa mobilização no momento da constituinte deve ser respeitada. Além disso, a existência de tais limites materiais tem a função de garantir a permanência da identidade e dos propósitos da Constituição. A legitimidade desses limites decorreria da detida reflexão do povo em um momento sobriedade, sendo um **pré-compromisso** com a moderação e a racionalidade. No **aspecto procedimental**, as cláusulas pétreas configurariam condições que estruturam o funcionamento regular da vida democrática. E, por fim, estariam as cláusulas pétreas justificadas por um neocontratualismo - um avanço do contratualismo em que o Estado formado por um contrato social permitiram condições melhores de vida do que o “Estado da Natureaza” -, sendo as limitações materiais condições para a associação com garantias mínimas, para que todos tenham interesse na permanência e estabilidade da comunidade política.

* 1. ***Cláusulas pétreas expressas e implícitas***

As **cláusulas pétreas expressas** no texto constitucional possuem conteúdo aberto, verdadeiros preceitos que deixam ao intérprete a possibilidade de restrição ou ampliação de seus comandos. Trata-se de atividade hermenêutica que deve se afastar do formalismo e buscar orientação nos fundamentos da democracia constitucional.

Quando a CR 88 proíbe as emendas tendentes a abolir cláusulas pétreas, ela não impede mudanças redacionais para aperfeiçoar os institutos e nem alterações de monta que importem alguma restrição. O Poder Constituinte Reformador pode aprovar emendas que alterem seus conteúdos constitucionais e até restringi-los moderadamente, só não pode aboli-las e nem tampouco promover mudanças que cheguem a vulnerar seu **núcleo essencial.**

São cláusulas pétreas expressas no texto constitucional:

1. **A forma federativa de Estado** – o federalismo é um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade, envolvendo a repartição de competências, o que evita a centralização de poderes e o autoritarismo. Favorece o pluralismo e a diversidade, preservando espaços para o poder local e regional. Permite que entes descentralizados desfrutem de autonomia política e ao mesmo tempo participem da vontade nacional.
2. **O voto direto, secreto, universal e periódico** – esta opção do constituinte era evidente em um momento de transição de um Estado autoritário. O voto direito salvaguardado é aquele sem intermediários, em que o eleitor exerce sua vontade. É secreto para garantia da liberdade, eximindo-o de pressões e coação. Universal no sentido de ser possibilitado a todos os cidadãos que tenham condições de participar da vida política. E periódico porque deve ocorrer de forma regular e frequente, com intervalos predefinidos, mote da democracia. A temporariedade dos mandatos é uma imposição republicana.
3. **A separação dos poderes** – Foi concebida pelo constitucionalismo para assegurar moderação no exercício do poder, evitando o arbítrio dos governantes e protegendo os governados. A ideia central é evitar a concentração de poderes em uma pessoa ou entidade, evitando o despotismo. O novo constitucionalismo não bane arranjos estruturais que possam ser adequados ao Estado contemporâneo, desde que não impliquem excessiva concentração de poder.
4. **Os direitos e garantias fundamentais** - a CR 88 traz um elenco generoso de direitos fundamentais, reforçado por sua inserção como limite material (cláusula pétrea). Isso não quer dizer que não possam sofrer restrições por atos do legislador ordinário e, com maior razão, pelo poder constituinte derivado. Nesse aspecto tem relevância a chamada teoria dos **“limites dos limites”,** pela qual os direitos fundamentais podem até ser restringidos, desde que não afetem seu **núcleo essencial**.

Daniel Sarmento aponta que são cláusulas pétreas os direitos e garantias fundamentais, e não apenas os direitos individuais clássicos. É uma concepção ampla, de que os direitos materialmente fundamentais são cláusulas pétreas, não apenas aqueles individuais do rol do artigo 5º da CR. A Constituição tem um compromisso com todas as dimensões de direitos fundamentais e não apenas com as liberdades clássicas. A CR 88 prevê direitos formalmente fundamentais dos arts. 5º ao 17, mas consagra também outros fora deste catálogo, chamados de materialmente constitucionais. Sua **fundamentalidade** não provém de sua localização, mas de sua própria natureza, consagrando cláusulas pétreas onde quer que se localizem.

O Autor defende que o tão só fato de um direito estar localizado no título II da CR 88, ou seja, **ser formalmente fundamental** não lhe garante status de cláusula pétrea, pois estas não devem ser objeto de uma leitura formalista. Isso porque o formalismo não deve servir para petrificar um direito que não é importante para a comunidade política, em prejuízo do direito democrático do povo fazer suas escolhas a qualquer momento. Sarmento sustenta que as cláusulas pétreas somente defendem os direitos **materialmente fundamentais**.

Traz-se ainda interessante contraponto entre direito adquirido e poder constituinte. Sob o ponto de vista do Poder Constituinte Originário não há dúvidas, até por suas características de ilimitado e incondicionado - e o STF assim já se pronunciou - no sentido de que quanto a ele não há direito adquirido. Agora com relação ao Poder Constituinte Derivado, reconhece que a maioria da doutrina defende que é vedado à emenda constitucional desrespeitar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa soberanamente julgada.

Mas Sarmento defende um **posicionamento minoritário**, não reconhecendo qualquer vinculação às formas de o poder constituinte se externar. **Para ele o direito adquirido pode ser desconstituído pelo constituinte derivado**, por conta de um direito democrático ao qual se deve conferir a cada geração o direito de se autogovernar. Aduz que o direito adquirido é um valor que deve considerar por segurança jurídica, mas que não deve ser extremado ao ponto de sacrificar a tutela da justiça e a igualdade substantiva.

Já o reconhecimento de **cláusulas pétreas implícitas** é controvertido, mas tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência do STF afirmam sua existência. São limites materiais extraídos da interpretação constitucional, dotados de natureza declaratória e não constitutiva. Existem independentemente de sua positivação. **Casos evidentes, citados por Sarmento, diz respeito à soberania e ao poder constituinte originário**. Sendo característica do poder reformador ser constituído, não pode ele dispor sobre o poder que emana do povo. Outros limites implícitos tem sido identificados como os atinentes à forma e ao sistema de governo, escolhidos pelo povo em plebiscito; e o respeito ao Estado Democrático de Direito.

***2. As mutações Constitucionais***

Mutações Constitucionais são **mudanças informais** que atingem a Constituição sem alteração de seus preceitos, sem alteração de seu texto, que ocorre quando surgem **modificações significativas nos valores sociais ou na realidade vivenciada**, provocando uma necessidade de nova leitura da Constituição ou de alguns dos seus dispositivos.

Resulta da **dissociação entre norma e texto**. O texto ou enunciado é o produto do legislador e que é objeto de interpretação pelo aplicador do direito. A norma seria o comando extraído a partir dessa interpretação, é o resultado da interpretação a partir do texto. A norma jurídica consiste na compreensão do enunciado normativo, extraída por meios de métodos interpretativos aliados a fenômenos sensíveis no mundo dos fatos.

Por isso não existe uma correspondência exata e unívoca entre o texto normativo e o comando que dele emana, podendo-se de um mesmo texto extrair mais de uma norma jurídica, inclusive com sentidos distintos.

Mudanças significativas na sociedade – seja no quadro fático, seja no universo dos valores compartilhados – podem provocar câmbios constitucionais, sem que haja qualquer mudança formal na Constituição.

Sarmento cita casos como a correção monetária, que ao longo das alterações ocorridos no cenário econômico brasileiro, primeiramente foi restrita às hipóteses legais, depois com incidência em dívidas de valor mesmo sem lei expressa e depois, como a hiperinflação, tornou-se regra para que qualquer dívida não se tornasse defasada.

Compreende o fenômeno da mutação constitucional como uma importante **equalização entre a estabilidade do texto constitucional e segurança jurídica de um lado, em contrapartida a uma fácil e célere adaptação à realidades sociais**, sem que a todo momento seja necessário se socorrer ao dificultoso processo de reforma constitucional e aos caprichos dos parlamentares.

Na verificação desse fenômeno há elementos interessantes a serem considerados como a idade da Constituição, ao fato de ser ela analítica ou sintética, o grau de dinamismo existente na sociedade, o nível de rigidez constitucional e a cultura jurídica predominante.

É possível falar-se em mutação constitucional por intermédio da mudança e **evolução jurisprudencial**, notadamente de decisões do STF em sede de controle abstrato, com efeitos erga omnes e vinculante. Mas não só nesse sentido de uma vinculação de direito, mas também por meio de uma vinculação de fato no controle concentrado, por se tratar da mais Alta Corte Brasileira, servindo como modelo para as instâncias inferiores. É o que se viu, recentemente, nas decisões sobre união estável para pessoas do mesmo sexo.

O **Poder Legislativo** também é importante agente no processo de mutação constitucional, com especial capacidade para captar a mudança de valores sociais na comunidade. Isso porque ao editar uma lei o Legislativo é obrigado a interpretar a Constituição e assim o faz levando em consideração um ou outro significados possíveis do texto, preferencialmente o mais consentâneo com a realidade, com as necessidades e as aspirações populares daquele momento. Tem-se como exemplo as políticas de cotas raciais para acesso ao ensino superior.

Inegável também o **papel do Poder Executivo**, em seu papel de interpretar e fazer cumprir políticas constitucionais, necessariamente parte também de uma interpretação da Constituição, sendo agente da mutação constitucional. Ademais, pode ele expedir Medidas Provisórias com força de lei, expedir atos normativos infralegais para dar maior concretude às normas, possui o Chefe do Poder Executivo iniciativa de lei por determinados assuntos e até mesmo a nomeação de Ministros do STF pelo Presidente da República podem ser fatores determinantes no processo de efetivação da mutação constitucional.

Por fim, há que salientar que essa **mutação não deve ser ilimitada**. A imposição de limitações é essencial para preservar a rigidez e força normativa da Constituição. Por isso a mutação não pode justificar alterações que contradigam o texto constitucional, devendo ocorrer no âmbito das **possibilidades limitativas fornecidas pela CR**. Não pode a mutação constitucional atentar contra o **texto claro e extreme de dúvida**. Outro limite é o **respeito ao sistema constitucional como um todo**, não sendo admissível uma mutação constitucional que implique em subversões a escolhas valorativas evidentes feitas pelo legislador constituinte.

**ITEM C: Os Princípios Gerais de Direito**

Obras consultadas:

OBRAS CONSULTADAS: NETO, Cláudio Pereira e Souza. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Capítulo 9. Item 9.6.

Legislação Básica

Não Informou

Os princípios gerais do direito são a expressão utilizada pelo artigo 4.º da LINDB para se referir aos princípios. A expressão “princípios gerais do direito” foi inicialmente utilizada no Brasil no artigo 4.º da LINDB, como forma de colmatação de lacunas, ao lado da analogia e dos costumes. Tratava-se, portanto, de fonte meramente subsidiária do direito.

Todavia, essa concepção não é mais majoritária, nem na doutrina, nem na Jurisprudência, uma vez que aos princípios tem sido reconhecido valor normativo, ao lado das regras. Conforme Daniel Sarmento, “Atualmente, esta concepção não corresponde mais ao ponto de vista dominante na doutrina e na jurisprudência nacionais, que têm enfatizado não só a força normativa, como também a máxima relevância dos princípios — especialmente os constitucionais”.

A valorização e o reconhecimento do caráter normativo dos princípios ocorreram no Brasil após a Constituição de 1988. Segundo Daniel Sarmento, “a “virada” principiológica deu-se a partir da década de 90, com a recepção das lições sobre princípios, nem sempre bem compreendidas, de dois grandes filósofos do Direito contemporâneo — Ronald Dworkin e Robert Alexy —, que buscaram traçar diferenças *qualitativas* e não meramente *quantitativas* entre estas espécies normativas”.

Tal mudança de tratamento ocorreu em todos os ramos do direito, mas teve especial incidência no direito constitucional.

***Características dos princípios e distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas:***

**1.º - Diferença qualitativa ou quantitativa?** Existe amplo debate na doutrina sobre a natureza da diferença entre princípios e regras: se seria uma diferença qualitativa (se seriam duas espécies de normas jurídicas com características próprias a inconfundíveis) ou quantitativa (normas com mesmas características, porém com gradações distintas).

**2.º - Maior indeterminação semântica dos princípios:** a doutrina tem enfatizado que a diferença entre princípios e regras está nas normas, e não nos textos normativos. Isso não significa, contudo, que o texto normativo seja irrelevante, mas apenas que ele não é o único elemento a ser considerado. Tanto que uma das distinções mais invocadas diz respeito à maior indeterminação semântica dos princípios, os quais são expressos em linguagem mais vaga do que as regras, linguagem esta que não define com precisão nem o campo de incidência nem a consequência jurídica deflagrada pela sua aplicação.

**3.º - Maior generalidade e abstração dos princípios:** há quem fale em maior generalidade e abstração dos princípios do que das regras. Todavia, Daniel Sarmento alerta que se deve ter cuidado com esses termos, uma vez que generalidade e abstração também são termos utilizados para descrever igualmente tanto princípios quanto regras. Fala-se que as normas jurídicas são caracterizadas por serem aplicáveis a uma classe de pessoas, e não a sujeitos predeterminados (generalidade). Além disso, as normas são aplicáveis a hipóteses de incidência previstas genericamente, e não a casos concretos (abstração). Portanto, deve-se entender a generalidade defendida como característica mais presente nos princípios como afirmado por Eros Roberto Grau: os princípios não incidem sobre um determinado tipo de atos ou fatos definidos na sua hipótese de incidência, comportando uma “série indefinida de aplicações”.

**4.º - Papel do intérprete na aplicação normativa mais criativa nos princípios:** aqui também a distinção é quantitativa. Não se afirma que não haja margem alguma de participação ativa do intérprete na aplicação das regras, nem que haja plena liberdade ao aplicar os princípios. Enfatiza-se apenas que a dimensão volitiva (constitutiva) da interpretação é mais intensa e manifesta nos princípios do que nas regras, já que aqueles demandam uma participação mais ativa para a sua concretização e estas não deixam tanto espaço para valorações subjetivas.

**5.º - Maior importância dos princípios na ordem jurídica:** um critério muito citado é de que os princípios seriam mais importantes na ordem jurídica, já que seriam os alicerces básicos desta. Contudo, Sarmento alerta que isso não significa afirmar que haja uma hierarquia formal entre princípios e regras, nem afirmar que o conjunto dos princípios constitucionais seja mais importante do que o conjunto das regras constitucionais. Trata-se apenas de afirmar que as normas principiológicas têm individualmente maior relevância sistêmica do que as regras.

**6.º - Os princípios têm natureza normogenética:** osprincípios desempenham função argumentativa mais relevante do que as regras, pois definem um norte para a aplicação e interpretação das demais normas. Produzem efeitos irradiantes, projetando-se amplamente pelo ordenamento. Por isso, diz-se que têm natureza normogenética, já que deles é possível extrair outras normas jurídicas implícitas, das quais constituem fundamento. Todavia, afirma-se na doutrina que a relação entre princípios e regras é de mão dupla, já que os princípios guiam a interpretação das regras, as quais os concretizam, mas estas se prestam ao esclarecimento do sentido dos princípios.

**7.º - Conteúdo moral:** há quem afirme que os princípios teriam uma dimensão moral mais pronunciada do que as regras, uma vez que aqueles incorporam valores fundamentais.Todavia,Sarmento afirma que essa característica pode ser questionada, já que há regras com acentuado valor moral, como a que proíbe a pena de morte, assim como há princípios sem tanto valor moral, como o da indelegabilidade de competências na federação.

**8.º - Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*) – Distinção qualitativa no que concerne ao método de aplicação – As regras seguem a lógica do “tudo ou nada”, os princípios seguem a lógica da “dimensão de peso”:** as regras são comandos disjuntivos. Ocorridos os fatos, a regra deverá ser aplicada ou considerada inválida e inaplicável ao caso. No caso de conflito entre regras, utilizam-se os critérios formais para resolver as antinomias (cronológico, especialidade e hierárquico) para afastar a incidência de uma das normas e determinar a incidência da outra. No caso dos princípios, caso haja conflito, é necessário analisar a importância assumida por cada princípio no caso, para definir qual irá prevalecer. Tal análise é substantiva, e não meramente formal.

**9.º - Robert Alexy – Distinção qualitativa – Regras são “mandados de definição” e princípios são “mandados de otimização”:** para Alexy, as regras devem ser ou cumpridas integralmente ou descumpridas (mandamentos definitivos). Já os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso (mandados de otimização). Os princípios são comandos *prima facie*, e não comandos definitivos, pois podem ceder diante da colisão com outros princípios, caso em que se deve recorrer à ponderação, pelos critérios da proporcionalidade, que busca a otimização dos bens jurídicos em jogo.

**10.º - Críticas ao pensamento de Alexy formuladas por Jürgen Habermas e Klaus Günter:** afirmam que a concepção de Alexy de que os princípios seriam mandamentos de otimização, suscetíveis de ponderação, confundiria a argumentação deontológica (própria do direito) com a axiológica. Os juízos axiológicos caberiam exclusivamente ao legislador, e não ao juiz na hora de aplicação dos princípios. A ponderação não seria compatível com a ideia de Estado Democrático de Direito e acarretaria insegurança jurídica e arbítrio judicial. Os autores defendem que, no caso de conflito entre princípios, o juiz não deve recorrer a critérios formais e nem à ponderação. Deve, isto sim, analisar todas as circunstâncias do caso concreto e as demais normas do sistema jurídico para definir qual o princípio é adequado à hipótese do caso concreto. Para eles, não cabe ao juiz uma aplicação gradual dos princípios, mas sim a aplicação de um dos princípios existentes: aquele que seja mais adequado ao caso, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto e as demais normas do Ordenamento Jurídico. Diferentemente, no caso da aplicação de regras, o intérprete só poderia considerar os elementos já definidos pelo legislador, excluindo de sua análise as demais dimensões do problema.

**11.º - Contribuição de Humberto Ávila – Três critérios para a diferenciação:**

**a) Natureza do comportamento prescrito:** as regras são imediatamente prescritivas, pois preveem condutas a serem observadas, e apenas indiretamente finalísticos. Já os princípios são imediatamente finalísticos, na medida em que estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido, e apenas indiretamente prescritivos.

**b) Natureza da justificação exigida:** na aplicação das regras, cabe ao intérprete verificar se os fatos se enquadram na descrição contida na norma. Apenas com pesado ônus argumentativo poderá afastar a incidência da regra, quando os fatos correspondam à previsão normativa. Já na aplicação dos princípios, cabe ao intérprete aferir se os fatos correlacionam-se positivamente ou não com o estado ideal de coisas almejado pelo princípio, contribuindo para a promoção deste estado.

**c) Medida de sua contribuição para a decisão:** as regras pretendem definir de forma exclusiva a solução para as hipóteses nelas descritas (“pretensão de decidibilidade e abrangência das regras”). Já os princípios visam apenas a contribuir para a adoção da solução adequada para o caso (“pretensão de complementaridade e parcialidade”).

***Considerações de Daniel Sarmento sobre o tema:***

Não há critério certo para distinguir princípios e regras, tendo em vista que se trata de questão de natureza eminentemente conceitual. Sendo assim, não há equívoco em um autor afirmar que os princípios são as normas mais relevantes do sistema constitucional e outro defender que os princípios são normas dotadas de uma dimensão de peso, suscetíveis de ponderação.

Todavia, é errado utilizar-se um conceito para definir determinada norma como princípio, mas atribuir-lhe a consequência do outro conceito. Por exemplo, é errado dizer que a anterioridade tributária é um princípio, pois é norma altamente relevante para o sistema tributário, e, por conta disso, querer tratar essa norma como um mandamento de otimização, suscetível de ser cumprido na medida do que seja fática e juridicamente possível. Deve-se tomar cuidado com isso.

Sarmento defende a utilização da distinção entre princípios e regras adotada por Alexy. Não concorda com a visão de Jürgen Habermas e Klaus Günter. Apenas ressalta uma divergência com relação ao pensamento de Alexy. Defende, juntamente com Humberto Ávila e Ana Paula de Barcellos, que as regras constitucionais também podem ser suscetíveis de ponderações.

Sarmento afirma que tanto princípios quanto regras desempenham papel importante na nossa Constituição.

Os princípios permitem que a Constituição se comunique melhor com a realidade fática subjacente, tendo em vista sua maior amplitude e plasticidade para interpretações no caso concreto. **A maior maleabilidade dos princípios permite que se articulem e possam dialogar as diferentes forças políticas e sociais, com suas diferentes ideologias e cosmovisões. Dessa forma, os princípios tornam a Constituição mais receptiva ao pluralismo cultural e político presente nas sociedades contemporâneas**. Além disso, os princípios permitem que a Constituição se adapte às mudanças sociais sem necessidade de alterações formais de seu texto (facilita a mutação constitucional). Sob o ângulo cultural, os princípios são fundamentais por enraizarem um sentimento constitucional no povo, já que seus valores abertos remetem a um horizonte de utopia socialmente compartilhada.

Por outro lado, as regras constitucionais garantem maior segurança jurídica na aplicação da constituição, aumentando a previsibilidade do direito, o que é essencial para o funcionamento de uma sociedade livre e democrática. É vital para a operacionalidade do sistema jurídica e para a vida em sociedade que determinadas questões sejam definidas com clareza pela Constituição. Por exemplo, fixar o mandato do presidente em 4 anos. As regras também poupam tempo e energia na sua concretização, evitando controvérsias políticas ou sociais desnecessárias.

As regras funcionam também como uma espécie de “vacina” contra o risco de erro do futuro operador do direito, enquanto os princípios dão maior espaço para o intérprete.

Aqui se deve observar que, no cenário constitucional, os princípios dão maior espaço para a concretização não só pelo juiz, mas também pelo Legislador. Portanto, a regra impõe limites mais precisos ao legislador, o que pode ser positivo, para evitar erros, mas pode limitar a futuras gerações (crítica da “tirania intergeracional”).

Por outro lado, o excesso de princípios na Constituição pode também ser uma ameaça à democracia em um sistema no qual há mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, uma vez que o parâmetro para a aferição da validade dos atos legislativos seria excessivamente fluido e dependente da ideologia e das idiossincrasias constitucionais.

Portanto, conclui Daniel Sarrnento que as Constituições não têm como prescindir nem das regras nem dos princípios constitucionais, de forma que não se pode, no plano metodológico, amesquinhar nenhuma dessas espécies normativas. Se por um lado não se deve defender um sistema legalista fechado, refratário a princípios e imperativos morais do constitucionalismo, por outro não se justifica o menosprezo às regras constitucionais, já que a ausência destas pode gerar insegurança e arbítrio.

**ITEM A: Liberalismo igualitário, comunitarismo, procedimentalismo e republicanismo. Suas projeções no domínio constitucional.**

Obras consultadas:

Cláudio Pereira e Souza. SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Capítulo 5. Item 5.3.

1. **Liberalismo Igualitário e suas projeções no domínio constitucional:** o liberalismo igualitário, cujos maiores expoentes foram o filósofo John Rawls e o jurista Ronald Dworkin, é uma vertente do liberalismo político, que defende a prioridade das liberdades públicas e existenciais (liberdade de expressão, de religião e de privacidade) diante dos interesses do Estado e da coletividade; porém, apoia, simultaneamente, intervenções enérgicas do Estado no campo econômico voltadas à promoção da igualdade material. Tem, assim, um forte compromisso não só com a liberdade, mas também com a igualdade. Distingue-se, assim, do liberalismo tradicional, já que, **no campo econômico, aproxima-se mais da socialdemocracia europeia** do que do liberalismo clássico ou do neoliberalismo.

*Liberdade:* John Rawls afirma que “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade inteira pode sobrepujar”. Essas liberdades não devem se sujeitar à barganha política. O liberalismo é individualista, pois tem seu foco no indivíduo. Defende que as pessoas são sujeitos morais autônomos, que devem poder fazer escolhas e se responsabilizar por elas. O Estado não deve ser paternalista, limitando a liberdade dos indivíduos em nome do bem estar destes. Há um amplo pluralismo social, de forma que as pessoas têm diferentes concepções religiosas e afiliações políticas sobre como uma vida deve ser vivida. Dessa forma, **cabe ao Estado se manter neutro diante das diversas “concepções sobre o bem**” existentes na sociedade.

*Igualdade:* o liberalismo igualitário defende que o Estado deve assegurar os **meios materiais necessários à realização do projeto de vida de cada pessoa**. Justificam-se, assim, **medidas redistributivas** que afetem profundamente o *status quo* socioeconômico, a fim de favorecer os mais pobres. Em sua obra, “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls defende os seguintes princípios para a organização da sociedade, o que demonstra claramente a importância da igualdade: “1. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos; 2. As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”. Para Rawls, o primeiro princípio teria prioridade sobre o segundo.

Segundo Daniel Sarmento, as contribuições mais importantes do liberalismo igualitário para a teoria constitucional são:

1. A defesa reforçada das liberdades públicas e existenciais no sistema jurídico, com a rejeição de restrições destas por motivos paternalistas, utilitaristas ou por tradições comunitárias. Obs.: o liberalismo igualitário pode ser utilizado para **negar a existência da supremacia do interesse público sobre interesses particulares**, por expressar uma visão utilitarista ou organicista da ética jurídica e das relações sociais, insuficientemente preocupada com a proteção dos direitos fundamentais.
2. Neutralidade do Estado em relação às moralidades privadas na sociedade: reconhecimento das pessoas como agentes morais livres e iguais, merecedores do mesmo respeito e consideração do Estado. **Obs.: o liberalismo igualitário pode ser utilizado para resolver questões como a relativa à neutralidade religiosa do Estado (crucifixos em repartições públicas). Pela visão liberal igualitária, o Estado deve ser absolutamente neutro frente ao campo religioso, a fim de garantir a todos, inclusive ateus e agnósticos, igual respeito.**
3. Justifica a proteção das condições materiais básicas para a fruição das liberdades (mínimo existencial) e evita que as liberdades econômicas dos mais bem aquinhoados seja obstáculo à promoção, na esfera legislativa ou administrativa, das medidas necessárias à isonomia substantiva.
4. Defende uma Jurisdição Constitucional mais ativa: papel ativo dos juízes, que devem se pautar em princípios morais liberais, na defesa das liberdades públicas e da igualdade. Os juízes podem e devem atuar na defesa de princípios substantivos
5. **Comunitarismo e suas projeções no domínio constitucional[[7]](#endnote-1):** o comunitarismo defende que um dos papeis do Estado é o de reforçar os liames existentes nas sociedades, avalizando e promovendo as concepções morais compartilhadas. Enfatiza a importância da lealdade à comunidade e **combate a neutralidade estatal frente aos projetos de vida**. Assim, os comunitaristas aceitam mais facilmente restrições às liberdades individuais por valores socialmente compartilhados ou preocupações paternalistas.

Rebate a concepção liberal, pois afirma que esta veria o indivíduo como um ser desenraizado (*unencumbered self*), ignorando que as pessoas nascem no seio de comunidades, que estão impregnadas de valores e sentidos comuns compartilhados. Assim, as visões de mundo não estariam à disposição das pessoas, como consumidoras em um mercado de ideias, mas seriam sim relativas a contextos cultuais específicos. Além disso, afirmam que o liberalismo fragilizaria os vínculos sociais e incentivaria o egocentrismo. No comunitarismo, a ênfase no indivíduo é substituída pela ênfase na comunidade.

Pelos comunitaristas, as normas devem refletir a cultura do povo em que vigoram (*ethos* do grupo social). Uma teoria constitucional comunitarista enfatiza a singularidade de cada constituição como expressão dos valores da comunidade concreta em que vigora.

Sarmento ressalta que o comunitarismo não deixa de reconhecer o pluralismo. Porém, ele baseia esse pluralismo não nas diferentes visões individuais acerca do bem comum, mas nas diferentes concepções culturais adotadas nas diversas comunidades. O comunitarismo defende que se deve reconhecer a legitimidade de que comunidades diferentes se pautem por formas diversas de vida comum, conforme seus valores e tradições. Não permitir essas diferenças seria o mesmo que asfixiar a comunidade, impedindo que esta se desenvolvesse de acordo com seu *modus vivendi*.

Em muitos casos, os comunitaristas acabam defendendo posições conservadoras no campo moral, ao reforçar a importância das tradições ou valores compartilhados. Por exemplo, pode reforçar os preconceitos existentes na sociedade, como aquele dirigido aos homossexuais, defendendo que devem predominar os valores dominantes no seio daquela comunidade.

Todavia, o comunitarismo não necessariamente traduz um pensamento conservador, pois há inúmeros pensadores comunitaristas no campo progressista.

Nesse aspecto, o comunitarismo deu importante contribuição ao levar em consideração o enraizamento social do ser humano e a formação intersubjetiva da identidade dos indivíduos. A partir disso, foi possível construir a ideia de respeito às identidades coletivas dos grupos não hegemônicos. A desvalorização social de grupos tende a atingir profundamente a dignidade de cada um dos seus integrantes, podendo comprometer até mesmo a capacidade de cada uma seguir seus planos de vida, tão encarecida pelos liberais. Destarte, os comunitaristas chamam a atenção para essa forma de exclusão, não necessariamente econômica.

Esse pensamento está detrás das políticas de reconhecimento, que têm inequívoca dimensão emancipatória. A Constituição de 1988 tem claras aberturas para esse viés emancipatório, no artigo 216, §1.º, da CF, o qual impõe o dever de proteger as manifestações populares indígenas, afrobrasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

*ATENÇÃO: a examinadora tem um livro sobre multiculturalismo. Olhem a frase seguinte do livro do Sarmento sobre comunitarismo:* ***o Comunitarismo é também uma das matrizes filosóficas do multiculturalismo****, corrente teórica voltada à defesa do direito à diferença cultural e preocupada com a preservação das culturas, dos modos de vida tradicionais cultivados por grupos minoritários que vivem no interior das sociedades modernas (como os indígenas).* *Todavia, também é possível aderir ao multiculturalismo a partir de outras perspectivas teóricas, inclusive o liberalismo igualitário. Veja, então, que o comunitarismo pode ser utilizado não para impor a observância da cultura nacional hegemônica aos outsiders, mas para justificar a preservação das práticas culturais de grupos minoritários, que poderiam ser asfixiados pela dinâmica da sociedade.*

Os comunitaristas tendem a defender a intervenção estatal para preservar valores culturais, ao passo que os liberais são contrários a essa intervenção. Exemplo1: legislação de Quebec proibiu famílias francófonas de colocarem seus filhos em escolas de língua inglesa e as empresas de manterem comunicação escrita em inglês, para evitar que cultura francesa perecesse diante da predominância do inglês. Exemplo2: no Brasil, foi proibido o *Axé Music* no Carnaval de Olinda, para proteger o frevo. Nesses exemplos, uma perspectiva liberal igualitária enxergaria uma injustificada limitação da liberdade, enquanto os comunitaristas considerariam legítimas tais medidas para proteger as manifestações culturais.

*atenção: creio que o comunitarismo pode ser abordado nas discussões sobre multiculturalismo, direitos dos indígenas e quilombolas, temas afetos à área de pesquisa da nossa examinadora.*

1. **Procedimentalismo e suas projeções no domínio constitucional:** as teorias procedimentalistas são contrapostas às substancialistas. Essa distinção pode ser utilizada de duas formas: para definir o papel da Constituição e para definir o espaço da Jurisdição Constitucional.

No que se refere ao papel da Constituição, os procedimentalistas defendem que esta deve apenas definir as regras do jogo político, assegurando a natureza democrática deste. Isso inclui também a defesa de determinados direitos essenciais à democracia (liberdade de expressão, por exemplo). Contudo, as decisões substantivas sobre temas controvertidos devem ser deixadas para a deliberação política, e não previstas na Constituição. Já o substancialismo sustenta que a Constituição exerce um papel importante prever decisões substantivas, como a definição de direitos fundamentais, mesmo aqueles não diretamente relacionados à democracia. Tanto o liberalismo igualitário quanto o comunitarismo podem conduzir a teses substancialistas, embora divirjam quanto ao conteúdo da Constituição.

Por outro lado, a distinção mais importante diz respeito ao espaço da Jurisdição Constitucional. Os substancialistas defendem uma atuação mais abrangente da Jurisdição Constitucional, no sentido de garantir direitos. Já os procedimentalistas defendem uma atuação mais modesta da jurisdição constitucional, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia. Para os procedimentalistas, os complexos conflitos morais deveriam ser resolvidos no âmbito da deliberação política.

*Caso 1:* caso da marcha da maconha: o STF precisou apreciar se a marcha da maconha seria crime, por implicar apologia ao crime. Entendeu que não seria. Essa decisão seria aplaudida pelos procedimentalistas, pois preserva regra importante ao jogo democrático, ao permitir que uma corrente da opinião pública exponhas suas ideias.

*Caso 2:* uma decisão da Suprema Corte sobre a proibição de uso de drogas leves por adultos capazes. Para os procedimentalistas, será uma intervenção jurisdicional excessiva e antidemocrática, pois trata de tema moral que deve ser decidido por deliberação política.

São importantes autores procedimentalistas: John Hart Ely e Jürgen Habermas.

John Hart Ely, em seu livro *Democracy and distrust*, defende que o Judiciário não deveria invalidar decisões legislativas recorrendo a valores substantivos previstos na Constituição, uma vez que esta teria sido concebida com finalidade procedimental, ou seja, para viabilizar o autogoverno de cada geração. Então, as decisões fundamentais da sociedade deveriam ser tomadas por agentes eleitos, e não por juízes. Cabe ao Judiciário atuar apenas para manter abertos os canais de participação política e para proteger minorias estigmatizadas.

Jürgen Habermas busca conciliar em sua filosofia a tradição constitucionalista liberal de Kant, preocupada com a defesa das liberdades individuais, e a tradição democrática de Rousseau. Para Habermas, a democracia não é apenas a prevalência da vontade da maioria. Ela é deliberativa, baseada no diálogo social e nas interações travadas pelos cidadãos no espaço público, com argumentos e contra-argumentos. Dessa forma, a legitimidade do direito não tem como se fundar em nenhuma concepção material. O pluralismo faz com que a legitimidade só possa reposar no processo democrático de produção normativa, no qual todos os cidadãos possam participar em condições equânimes. As condições para a deliberação devem estar garantidas no sistema de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Fora isso, a deliberação concreta pode atribuir qualquer conteúdo às decisões políticas, mantendo-se aberta quanto aos resultados. Somente se a deliberação violar os direitos que são condições para o processo democrático caberá intervenção do Judiciário como um guardião da democracia.

***Objeções expostas por Sarmento à teoria procedimentalista:***

1.º O procedimentalismo é insuficiente para a proteção de direitos fundamentais não associados ao processo democrático, como o direito à saúde, por exemplo, deixando-os ao arbítrio da maioria.

2.º Não se logra êxito em trocar valores substanciais por valores meramente procedimentais, pois até mesmo a democracia importa várias concepções divergentes, cada qual com sua substância própria. Dessa forma, há escolhas substantivas de qualquer forma.

3.º A Constituição Brasileira é extremamente substantiva, arrolando vários valores materiais. Sendo assim, se a Suprema Corte resolvesse apenas assegurar as regras do jogo, como propôs Habermas, acabaria tendo que contrariar o disposto na Constituição, o que seria um ativismo judicial ainda maior.

4.º Todavia, apesar das críticas, o procedimentalismo trouxe importante contribuição, ao tratar os cidadãos como agentes morais capazes de participarem dos processos de tomada de decisão que afetam a sua própria vida.

1. **Republicanismo e suas projeções no domínio constitucional:** o republicanismo trata-se de corrente de pensamento associada à forma republicana de governo (na república, os governantes são escolhidos pelo povo para mandatos certos, e respondem por seus atos). Contudo, o republicanismo vai muito além de uma forma governo, pois defende um conjunto de ideias que repercute sobre o comportamento dos cidadãos e governantes.

Pela classificação de Antonio Maia e Tarcísio Menezes, houve o republicanismo clássico (Maquiavel), o republicanismo moderno (Harrington, Montesquieu, Rousseau e Adams), o republicanismo contemporâneo (Skinner, Pettit, Viroli e Michelman) e o republicanismo humanista (Aristóteles e Hannah Arendt).

O republicanismo foca no direito e no dever do cidadão de participar na coisa pública. O cidadão não tem apenas direitos, mas também deveres em relação à comunidade política. No republicanismo, dá-se ênfase às virtudes republicanas dos cidadãos, que devem ter uma atuação pautada não apenas nos interesses individuais, mas também no bem comum.

No republicanismo, busca-se dar mais poder ao povo e enfatiza-se a importância da cidadania. A participação popular na vida política seria o meio vocacionado para proteger as liberdades bascas, pois permitiria uma cidadania ativa permanentemente vigilante para impedir não só a corrupção governamental e o arbítrio dos governantes, que ameaça os direitos dos indivíduos.

O republicanismo se assemelha ao comunitarismo no sentido de criticar a visão atomizada e individualista de sociedade própria do liberalismo. Porém, é diferente do comunitarismo, porque o foco deste é o respeito às tradições compartilhadas, enquanto o foco do republicanismo é a participação do cidadão na coisa pública.

A concepção de liberdade do republicanismo difere daquela do liberalismo. A liberdade do republicanismo é vista como não dominação. A dependência do indivíduo seria mais comprometedora da liberdade do que qualquer interferência externa. As leis, nesse sentido, não seriam limitações à liberdade. Ao mesmo tempo em que o republicanismo dá mais liberdade de participação para o indivíduo, por outro lado é mais exigente ao impor que se garantam condições para a sua independência em face dos poderes sociais.

O republicanismo contemporâneo dá ênfase à igualdade, pois defende que esta é exigência no campo socioeconômico para que a democracia possa prosperar. A vontade geral depende de certo nível de igualdade econômica, caso contrário haverá grupos com interesses antagônicos. Por isso, os republicanos costumam defender os direitos sociais e o Estado do Bem-estar Social.

No Brasil, o republicanismo é associado a causas importantes como a defesa da moralidade, o combate à confusão entre o público e o privado, a luta contra a impunidade, o incremento à participação dos cidadãos. Sarmento afirma que o patrimonialismo e o clientelismo ainda existentes na nossa sociedade recomendam uma dose de republicanismo na teoria constitucional.

*ATENÇÃO: creio que o republicanismo pode ser utilizado na discussão acerca das manifestações que ocorreram ao longo de 2013 pelo Brasil.*

A Constituição de 1988 possui vários elementos que convergem com o ideal republicano. Exemplos: a) o voto é considerado obrigatório, e não apenas um direito subjetivo (artigo 14, §1.º, I); b) há mecanismos de participação direta do cidadão nas deliberações coletivas, como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular; e c) atribuiu-se ao cidadão mecanismos para fiscalizar a gestão da coisa pública, como o direito de petição, a ação popular.

O STF empregou o republicanismo para afirmar a ilegalidade do nepotismo e para afirmar a prevalência do princípio da publicidade sobre o direito à intimidade no que concerne à divulgação dos vencimentos dos servidores públicos.

Sarmento salienta, por fim, que o republicanismo pode assumir um viés autoritário, ao pretender impor virtudes cívicas por instrumentos coercitivos do direito. Exigir o permanente engajamento do cidadão na *res publica* é o mesmo que buscar a formação de um homem novo. O republicanismo flerta com o autoritarismo ao tentar erigir uma “religião civil” em torno das instituições e normas estatais. Sarmento afirma que não se pode, em nome do republicanismo, asfixiar o direito de cada pessoa de eleger os seus próprios planos de vida.

**ITEM A: Controle de constitucionalidade: evolução histórica do sistema brasileiro. Direito comparado. Legitimidade democrática.**

Obras consultadas:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, 14ª Ed.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, 2ª Ed.

Cláudio Pereira de Souza Neto.

Direito Constitucional Esquematizado – Pedro Lenza.

Direito Constitucional – Marcelo Novelino.

Artigo utilizado:

Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática – Luís Roberto Barroso.

Legislação Básica: art. 103, CF/88; art. 102, I, "a", CF/88; art. 103, § 2º, CF/88; art. 102, § 1º, introduzido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 3/1993. Lei n. 9.882/99

Nota: Parte é aproveitamento do ponto do resumo do 26 CPR

A **Constituição de 1824** não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8° e 9°). Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento, à sombra da existência do Poder Moderador. Não havia lugar, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.

 De outra banda, o regime republicano inaugura uma nova concepção sobre o tema. A influência do direito norte-americano parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (Decreto n. 848, de 11-10-1890), e incorporado na **Constituição de 1891**. Consolidou-se amplo sistema de controle difuso no Direito brasileiro, sendo inequívoca, à época, a consciência de que esse exame não se havia o controle *in abstracto.*

Por sua vez a **Constituição de 1934** introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais (reserva de plenário – regra do “*full bench*”). Por outro lado, consagrava a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à declaração de inconstitucionalidade para decretar a intervenção federal, *i.e*., a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa a específicos princípios elencados na Constituição(princípios constitucionais sensíveis).

 Na contramão dos textos anteriores, a **Carta de 1937** traduziu um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle, o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Poder Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

 De outro giro, a Constituição **de 1946** restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Manteve-se, também, a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. A Constituição de 1946 emprestou, ademais, nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, no caso de violação de princípios sensíveis. A intervenção subordinava-se, nessa hipótese, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal.

 Por sua vez, a **Emenda n. 16, de 26-11-1965**, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato das normas estaduais e federais. Consagrou-se o modelo de exame *in abstracto(modelo austríaco)*, sob a forma de uma representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da Republica. Somou-se, pois, aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

 A **Constituição de 1967** não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16/65.

 Nessa senda, a **Constituição de 1988** ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis. Preservou a representação interventiva, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os *princípios sensíveis.* Combina o modelo tradicional de controle incidental de normas, os vários instrumentos de defesa de direitos individuais, como o *habeas corpus,* mandado de segurança, *habeas data,* mandado de injunção, com as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, a ação direta por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

 A grande mudança vai-se verificar no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal. O constituinte ampliou o rol de legitimados ativos, de modo a contemplar o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.[[8]](#footnote-7)

**Direito Comparado:**

a) Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

Pode-se afirmar que a maioria da doutrina brasileira acatou, **inclusive por influência do direito norte-americano**, a caracterização **da teoria da nulidade** ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade). Trata-se, nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o “vício congênito”, de “nascimento” do ato normativo.

Nesse sentido, importante mencionar que, **de acordo com o sistema norte-americano**, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula, e, por isto, ineficaz, pelo que juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente, declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional.

Por regra, no sistema norte-americano, a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* (retroativo). Porém, em algumas situações permite-se a flexibilidade do sistema da nulidade absoluta e se permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos, o precedente lembrado é o caso *Likletter v. Walker,* em relação ao qual, realizando análise política, a Suprema Corte entendeu que o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei que permitia certo sistema de colheita de provas não retroagiria para invalidar decisões já tomadas com base naquele sistema.

Contra esse entendimento, destaca-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, defendida por Kelsen, e que influenciou a **Corte Constitucional austríaca**, caracterizando-se como constitutiva a natureza jurídica da decisão que a reconhece. **No sistema austríaco,** a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicada, é válida e eficaz.

Ademais, a Corte Constitucional austríaca tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior de seu pronunciamento, contanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano.

Por regra, na Áustria, decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex nunc* (prospectivos). No entanto, em 1929, a regra que negava qualquer retroatividade às decisões e pronunciamentos da Corte Constitucional foi atenuada, fixando-se a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão anulatória.

**Na Espanha**, destaca-se a hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e *pro futuro.*

Em **Portugal**, muito embora a declaração de nulidade da lei inconstitucional seja a regra geral, há expressa autorização constitucional permitindo a modulação dos efeitos da decisão, bem como a desconstituição da coisa julgada material em matérias específicas e desde que haja expressa determinação pelo Tribunal Constitucional.

Na **Alemanha**, o princípio da nulidade da lei inconstitucional está consagrado como regra geral. Contudo, conforme ensina Gilmar Mendes, várias técnicas surgem no sentido de resolver alguns problemas trazidos pela rigidez do princípio da nulidade, destacando-se o “apelo ao legislador” ou “situação ainda constitucional” e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

b) Quanto ao órgão que realiza o controle:

Caracteriza-se o **controle político** quando este é exercido por um órgão distinto dos três Poderes, órgão esse garantidor da supremacia da Constituição. Tal sistema é comum em **países da Europa, como Portugal e Espanha**, sendo o controle normalmente realizado pelas Cortes ou Tribunais Constitucionais.

Luiz Roberto Barroso destaca o **modelo francês** estabelecido na Constituição de 1958 e que fixou um Conselho Constitucional, composto de 9 Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo como membros natos os ex-Presidentes da República, como exemplo de controle político.

O **controle jurisdicional difuso** é adotado, tradicionalmente, pela **Suprema Corte dos Estados Unidos da América.** A noção e ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, deve-se ao famoso caso julgado pelo Juiz *John Marshall* da Suprema Corte norte-americana, que, apreciando o caso Marbury v. Madison, em 1803, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer esta, por ser hierarquicamente superior.

Frise-se, ainda, que no **direito norte-americano**, as decisões proferidas pela Suprema Corte em matéria constitucional vinculam, além dos próprios membros todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

O controle jurisdicional concentrado surgiu na **Constituição da Áustria** de 1920, por obra de Hans Kelsen, a pedido do governo daquele país. Na **Alemanha**, tanto o controle concreto como o abstrato são concentrados no Tribunal Constitucional Federal.

As Constituições que submetem certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional adotam o **sistema misto**. **Na Suíça**, enquanto as leis locais são submetidas ao controle do Poder Judiciário, as leis federais ficam a cargo da Assembleia Nacional.

c) Quanto ao momento de criação da norma incompatível com a Lei Maior:

A inconstitucionalidade originária ocorre quando o ato violador surge após a vigência da norma constitucional.

Na inconstitucionalidade superveniente o ato é elaborado em conformidade com a Constituição, mas a posterior alteração do parâmetro constitucional faz com que ele se torne incompatível com ela. A **Constituição Portuguesa de 1976** admite expressamente esta modalidade ao estabelecer: “Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última” (art. 282, 2).

**Legitimidade Democrática:**

Os membros do Poder Judiciário, juízes, desembargadores e ministros, não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade.

Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?

Luís Roberto Barroso apresenta duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição Brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito.

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um forum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Ainda sobre a legitimidade democrática, Sarmento destaca que há, na teoria constitucional, aqueles que simplesmente descartam a existência da dificuldade contramajoritária do controle de constitucionalidade. Um dos argumentos é empírico: nega-se a premissa de que o Poder Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, atue contra a vontade da maioria popular. Afirma-se que, com frequência, ele julga em sintonia com a opinião pública, que nem sempre é bem representada pelo Legislativo.

Outro argumento recorrente é o de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional brasileira se abriu à participação democrática da sociedade civil, com a ampliação do elenco dos legitimados ativos para a propositura de ações diretas, bem como a incorporação da figura do *amicus curiae*. Tais medidas democratizaram o acesso ao controle de constitucionalidade, e teria tornado a nossa jurisdição constitucional uma instância de “representação argumentativa” da sociedade brasileira, supostamente superior à própria representação político-eleitoral.

Ademais, há ainda quem defenda que a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos.

Após algumas considerações, Sarmento deixa clara a complexidade do debate sobre a dificuldade contramajoritária, e finaliza com dois aspectos importantes: a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à jurisdição constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre o significado das normas constitucionais; e a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, em face de atos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático.

**ITEM B: Critérios clássicos de resolução de antinomias jurídicas.**

Obras consultadas:

Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho – Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

Direito Constitucional Esquematizado – Pedro Lenza.

Direito Constitucional – Marcelo Novelino.

Artigo utilizado:

Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática – Luís Roberto Barroso.

São três os critérios clássicos para a solução de antinomias jurídicas: o hierárquico (*lex superior*), segundo o qual as normas superiores prevalecem em face das inferiores; o cronológico (*lex posterior*), que preconiza que as normas posteriores revogam as anteriores com ela incompatíveis; e o da especialidade (l*ex specialis*), de acordo com o qual as normas mais específicas afastam a incidência das mais gerais.

**Critério Hierárquico:**

Em matéria constitucional, **não há espaço para o emprego do critério hierárquico, salvo na hipótese de conflito entre emenda à Constituição e norma constitucional que se qualifique como cláusula pétrea.** **Isto porque, apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes que outras sob a perspectiva axiológica ou sistemática, não há qualquer hierarquia formal entre elas (a única exceção envolve as cláusulas pétreas, que têm hierarquia superior às normas editadas pelo poder constituinte derivado).**

Nessa direção, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido do reconhecimento da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma ditada pelo poder constituinte originário.

Sarmento salienta, neste ponto, que as normas intoleravelmente injustas não devem ser aplicadas, ainda que estejam contidas no texto constitucional. O caso não é, propriamente, de inconstitucionalidade de norma inconstitucional, mas de invalidade por grave ofensa a princípios fundamentais de Justiça, cuja normatividade independe de positivação. No entanto, o autor ressalva que a invalidade de normas constitucionais originárias por grave ofensa aos princípios básicos da Justiça é um fenômeno extremo, que deve ser reservado para hipóteses igualmente extremas, as quais não se verificam na Constituição de 88.

Existe um precedente importante no Direito Comparado de declaração de reconhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, ocorrido na África do Sul.

**Outra forma de utilização do critério hierárquico para a resolução de antinomias constitucionais envolve o reconhecimento de uma escala rígida de preferências entre elas, de forma que, sempre que entrem em conflito, prevaleça aquela posicionada em patamar superior.** Nesta hipótese, não se teria a invalidação da norma reputada inferior, com a exclusão do ordenamento, mas tão somente a sua não aplicação na hipótese de conflito.

Sarmento afirma que não existe, no sistema constitucional brasileiro, espaço para o reconhecimento de prioridades absolutas entre normas constitucionais. Não há como inferir do texto constitucional, nem da estrutura da Constituição, por exemplo, uma prioridade absoluta das liberdades básicas sobre a igualdade material, nem tampouco se poderia fazer o contrário. Ademais, a adoção de uma hierarquia rígida levaria a uma inadmissível fragilização das normas que o interprete situasse em patamar inferior, que perderiam significativamente a sua força. É muito mais consentânea com a reverência que cada direito ou norma constitucional merece, a solução que busca, em cada situação de conflito, otimizar, até onde seja possível, cada um dos bens jurídicos em disputa.

Citando Alexy, Sarmento esclarece que não é possível uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão fundamental em todos os casos de maneira intersubjetivamente obrigatória. Mas, a impossibilidade de uma “ordem dura” deste tipo não diz nada acerca de ordens mais “brandas” e, assim, nada contra a técnica da ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios; e através de uma rede concreta de preferências.

Dessa forma, embora não haja hierarquia formal entre os princípios que integram a Constituição, há hierarquia material, tendo em vista a diferença de peso abstrato, de importância, que os caracteriza. Tal sistema de prioridade é, porém, apenas abstrato, podendo um princípio de hierarquia material superior ceder lugar a outro de hierarquia inferior considerando as circunstâncias particulares ao caso.

 **Critério Cronológico:**

O critério é usado para resolver antinomias entre normas constitucionais originárias e normas derivadas, produzidas pelo poder constituinte reformador, ou ainda entre normas constituintes derivadas resultantes de emendas constitucionais aprovadas em momentos diferentes. Nessas hipóteses, as normas constitucionais posteriores prevalecem em face das anteriores, revogando-as total ou parcialmente.

Esta revogação, contudo, não ocorre quando as normas derivadas ofendem cláusulas pétreas. Neste caso, o critério hierárquico para a resolução de antinomias se sobrepõe ao cronológico, levando a invalidade da norma constitucional derivada, ainda que superveniente, por contrariedade à norma originária, revestida de hierarquia superior.

A boa técnica legislativa recomenda que a revogação de preceitos constitucionais por emenda seja sempre expressa. Em nível constitucional, não pode reinar a incerteza com que topamos em muitos casos de revogação tácita. Em casos excepcionais, pode-se reconhecer a revogação tácita, total ou parcial, de preceito constitucional por emenda superveniente. Contudo, isso só deve ocorrer em hipótese de irredutível incompatibilidade entre o teor da nova emenda e o texto constitucional anterior. Sempre que possível, o intérprete deve buscar uma interpretação que harmonize as cláusulas em tensão, para evitar a referida incerteza sobre o conteúdo em vigor da Constituição.

**Critério da Especialidade:**

Este critério retira da incidência da norma constitucional mais geral aquela hipótese disciplinada pela norma mais específica. Tal critério só poderá ser utilizado para a solução de antinomias quando as normas em tensão mantiverem entre si uma relação do tipo geral-especial, que é o que ocorre quando o âmbito de incidência da norma especial estiver integralmente contido no interior daquela da norma geral, mas elas apontem soluções diferentes para o caso.

Um exemplo de aplicação deste critério diz respeito às normas constitucionais atinentes aos sindicatos: a Constituição assegura a plena liberdade de associação (art. 5º, XVII). Porém, em relação aos sindicatos, que não deixam de ser uma espécie de associação, ela prevê uma séria restrição a esta liberdade, ao vedar a criação de mais de uma organização sindical, representativa da mesma categoria, na mesma base territorial (art. 8º, II). Em matéria de sindicatos, prevalece a norma mais específica, que impõe a referida restrição a liberdade associativa.

**ITEM C: Princípios constitucionais do trabalho. Os direitos fundamentais do trabalhador.**

Obras consultadas:

Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho – Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto.

Direito Constitucional Esquematizado – Pedro Lenza.

Direito Constitucional – Marcelo Novelino.

Artigo utilizado:

Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática – Luís Roberto Barroso.

Nota: Parte foi aproveitamento do ponto do resumo do 26 CPR

A Constituição da República elegeu o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV) e um dos pilares da ordem econômica (art. 170, *caput*), reconhecendo o trabalho como um direito social do ser humano (art. 6º, *caput*).

Atualmente, não resta mais dúvida que os direitos sociais previstos no Capítulo II, do Título II, da Constituição compõem o denominado catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, o direito a um trabalho digno caracteriza-se como um direito fundamental de segunda dimensão, exigindo, para a sua implementação, uma atuação positiva por parte do Estado (caráter prestacional).

E foi justamente com essa finalidade, qual seja, assegurar o direito a um trabalho digno, que a Constituição estabeleceu uma série de princípios aplicáveis à relação de trabalho.

De acordo o Ministro do TST Maurício Godinho Delgado, os princípios constitucionais do trabalho pode ser classificados em três grandes grupos:

*O primeiro rol diz respeito a efetivos princípios constitucionais do trabalho. Trata-se de diretrizes afirmativas do labor humano na ordem jurídico-cultural brasileira: a da valorização do trabalho, em especial do emprego; a da justiça social; a da submissão da propriedade à sua função socioambiental; a diretriz da dignidade da pessoa humana.*

*O segundo rol diz respeito a princípios constitucionais de amplo espectro, não exatamente originados em função da idéia e realidade do trabalho, porém que hoje também atuam, de modo importante, no plano justrabalhista.*

*Não se construíram e se desenvolveram, é certo, em função do temário juslaborativo, elaborando-se, originalmente, em torno de matérias distintas daquelas específicas ao ramo especializado do Direito do Trabalho. Contudo, por diferentes razões passaram a ter influência no campo trabalhista contemporâneo, afetando, muitas vezes com significativa força, sua realidade normativa.*

*Trata-se, em especial, das diretrizes da proporcionalidade, da não-discriminação e da inviolabilidade do direito à vida.*

O terceiro rol abrange, finalmente, princípios clássicos do Direito do Trabalho, preexistentes à Carta de 1988, mas que foram por ela absorvidos. Na medida desta absorção, tais diretrizes adquiriram status constitucional, fortalecendo seu poder de projeção na ordem jurídica do País.

Este grupo de princípios diz respeito não somente à dimensão coletiva como também à individual trabalhista. Trata-se dos princípios da liberdade e autonomia associativas e sindicais e da interveniência sindical na negociação coletiva, no plano do Direito Coletivo do Trabalho. No plano do Direito Individual do Trabalho, os princípios da norma mais favorável, da continuidade da relação de emprego e da irredutibilidade salarial.

Verifica-se, portanto, que a Constituição, ao estabelecer uma série de princípios informadores da relação de trabalho procura proteger a parte hipossuficiente na relação empregatícia (o empregado), visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio existente no plano fático.

**Os Direitos Fundamentais do Trabalhador**

No âmbito das relações de trabalho, os direitos fundamentais decorrem dos valores liberdade e igualdade e são voltados à proteção da integridade física, psicológica e moral do trabalhador, a fim de lhes assegurar uma existência digna. A CF estabeleceu, em seu art. 7º, uma série de direitos sociais fundamentais protetivos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho: “*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.*

O extenso rol expressamente contemplado no dispositivo é claramente exemplificativo, como se depreende da expressão “*além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.* Não exclui, portanto, outros direitos fundamentais consagrados no próprio texto constitucional e nas leis trabalhistas, nem impedem a ampliação deste leque de direitos por meio de emenda à Constituição.

Os direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho são agrupados por José Afonso da Silva em sete categorias:

- Direito ao trabalho e à garantia de emprego:

*CF, art. 7º, I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;*

*II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

*III - fundo de garantia do tempo de serviço;*

*XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;*

- Direito sobre as condições de trabalho:

*CF, art. 7º, XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;*

*XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;*

*XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;*

*XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;*

- Direitos relativos ao salário:

*CF, art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

*V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;*

*VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;*

*VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;*

*VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;*

*IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;*

*X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;*

*XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;*

*XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;*

*XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;*

*XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;*

*XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;*

- Direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador:

*CF, art. 7º, XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;*

*XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;*

*XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;*

*XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;*

*XXIV - aposentadoria;*

*XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;*

- Direitos de proteção dos trabalhadores:

*CF, art. 7º, XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;*

*XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;*

*XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;*

*XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;*

*XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;*

*XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;*

*XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso*

- Direitos relativos aos dependentes do trabalhador:

*CF, art. 7º,**XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;*

*XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;*

- Direitos de participação dos trabalhadores:

*CF, art. 7º, XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;*

Por fim, há que se ressaltar que o parágrafo único do art. 7º elenca os direitos reservados aos trabalhadores domésticos, que são aqueles que prestam serviços contínuos na residência de uma pessoa ou família, em atividades sem fins lucrativos.

*CF, art. 7º, Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.*

Por sua vez, os direitos sociais coletivos dos trabalhadores são aqueles exercidos pelos trabalhadores, coletivamente ou no interesse de uma coletividade, e podem ser classificados em: direito de associação profissional ou sindical; direito de greve; direito de substituição processual; direito de participação; direito de representação classista.

- Direito de associação profissional ou sindical:

Nos termos do art. 8º, caput, CF, é livre a associação profissional ou sindical, observadas as seguintes regras:

*Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:*

*I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;*

*II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;*

*III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;*

*IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;*

*V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;*

*VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;*

*VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;*

*VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.*

*Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.*

- Direito de Greve:

Nos termos do art. 9º, CF, é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sendo que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. Neste sentido, a Lei 7783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

- Direito de Substituição Processual:

Nos termos do art. 8º, III, CF, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Nesse particular, o STF deu interpretação a este dispositivo, e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada.

- Direito de Participação:

Nos termos do art. 10, CF, é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

- Direito de Representação Classista:

Nos termos do art. 11, CF, nas empresas de mais de 220 empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregados.

**ITEM A: Direito Constitucional Intertemporal. Teoria da recepção. Disposições constitucionais transitórias.**

Obras consultadas:

G. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, Curso de direito constitucional, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

P. Lenza, Direito Constitucional Sistematizado. 2013.

Resumos do 26º concurso do MPF.

Jurisprudência do STF.

DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL. Tem importância no estudo das normas que foram produzidas na vigência de uma Constituição que posteriormente é substituída por uma nova ordem constitucional. Diz respeito à relação do Direito com o presente, passado e futuro.

TEORIA DA RECEPÇÃO. Recepção é a revalidação de normas que não desafiam materialmente a Constituição. Entende-se que as normas anteriores a uma Constituição, que com ela são compatíveis no conteúdo, continuam em vigor. Corresponde a uma revalidação das normas infraconstitucionais que não desafiam, materialmente, a nova Constituição. Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. A *contrario sensu*, a norma que não contrariar a norma ordem será recepcionada. A recepção pode ser expressa ou implícita. Expressa ocorre quando a própria CF o diz, de forma destacada, em seu texto, estar recepcionando determinada norma. O mais comum é a recepção implícita, sem menção expressa a qualquer norma, devendo o aplicador do Direito verificar a compatibilidade de conteúdos. O importante é que não haja incompatibilidade de conteúdos. A diferença de forma não repercute negativamente quanto a um juízo de recepção. A forma é regida pela lei da época do ato (*tempus regit actum*), sendo irrelevante para a recepção. Basta, assim, que o tema, quanto ao seu conteúdo, seja acolhível sob o prisma da nova ordem constitucional. **Importante: deve haver compatibilidade formal e material da lei pré-constitucional à CF anterior.** O STF entende não haver constitucionalidade superveniente, decidindo que “O suposto alinhamento superveniente das normas correlatas às balizas constitucionais não supre o vício da inconstitucionalidade da norma promulgada em desacordo com a ordem constitucional vigente” (STF, AgRg RE 578.582).

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE A inconstitucionalidade pode ser originária ou superveniente. Se a norma legal é posterior à Constituição e já nasce viciada, formal ou materialmente, tem-se caso típico de inconstitucionalidade (originária). Diversamente, é o caso da lei pós-88 que nasce constitucional, mas que deixa de ser compatível com a CF em função de emenda posterior, de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou de alteração da interpretação constitucional (mutação constitucional). Diante da mudança da realidade fática, a norma legal que não podia ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial, configurando o processo de inconstitucionalização. Situação semelhante é mudança na concepção jurídica, que pode produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. Nas palavras de Gilmar Mendes “afigura-se possível a caracterização da inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional, ou do próprio ato legislativo submetido à censura judicial. Nesses casos, além de eventual processo de inconstitucionalização (situação de transição), pode-se ter a própria declaração de inconstitucionalidade da lei anteriormente considerada constitucional.”(MENDES, 2008, p. 1024). Vale mais uma vez frisar que o STF, por outro lado, tem firme posicionamento de que não há constitucionalidade superveniente, ou seja, a norma nascida inconstitucional não passa ao status de constitucional: “*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a alteração constitucional não tem o condão de tornar legítima norma anterior considerada inconstitucional diante da Constituição Federal então vigente*” (STF, AgRG 343.801).

NÃO-RECEPÇÃO: REVOGAÇÃO OU INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE? No caso de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, entende o STF que a hipótese de não-recepção corresponde a uma revogação (ADI nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard). O raciocínio do ministro se baseou no fato de que não há nulidade absoluta, pois a lei anterior não é nula desde sempre, já que ela era válida sob a égide da CF anterior, mas passou a ser incompatível com a nova CF; logo, não caberia falar em inconstitucionalidade. O voto vencido foi o do Min. Sepúlveda Pertence, que sustentava ser caso de inconstitucionalidade superveniente, já que a incompatibilidade da lei anterior com a nova CF não se resolveria pelo critério cronológico, e sim pelo critério hierárquico (posição do direito italiano e português). **A importância desse entendimento reside nas seguintes consequências práticas: a - não cabe ADI contra a lei anterior à nova CF; b – não é necessária a apreciação da não-recepção por quórum especial (art. 97 da CF – cláusula de reserva de plenário); c não incidem os procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, como a modulação dos efeitos da decisão, por se tratar de direito intertemporal.** Observa-se, no entanto, que uma norma pré-constitucional, ao se incorporar em um diploma pós-constitucional, passa a admitir o controle abstrato (ADI 3619/2006) e também que o STF já admitiu o exame incidental da revogação ou não-recepção do direito anterior no controle abstrato (ADI 3833/2006). Pode-se afirmar, então, que nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção. Não sendo caso de inconstitucionalidade superveniente, não há possibilidade de o STF apreciar a norma anterior em ação direta de inconstitucionalidade.

NORMAS DA ANTIGA CONSTITUIÇÃO COMPATÍVEIS COM A NOVA CF: Prevalece na doutrina e na jurisprudência do STF que o advento de uma nova Constituição revoga globalmente os dispositivos da Constituição anterior, nada impedindo a ressalva expressa de eficácia de normas ainda que por prazo temporário.

NORMAS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO E MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA: Gilmar Mendes entende que se a competência era municipal ou estadual e com a nova CF passa a ser federal, há incompatibilidade formal, pois não há de se cogitar de federalização de normas municipais ou estaduais, por impossibilidade prática ante o número de leis. De outro vértice, propõe por prorrogada a vigência de lei federal materialmente compatível, quando a competência desta passa a ser dos Estados e Municípios.

REPRISTINAÇÃO: Lei “A”, revogada por Constituição “B”, sendo esta posteriormente revogada por Constituição “C”. A Lei “A” não tem sua eficácia restaurada de forma automática, mas nada impede que esta nova Constituição “C” assim o faça.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO: Nada impede que um Juiz declare inválida norma editada antes da Constituição em vigor, mas que não respeitou formalmente a Constituição que vigorava ao tempo em que foi editada. Também o STF pode fazê-lo por meio de ADPF. Isso porque a norma era nula desde o tempo em que foi editada, pouco importando se agora é materialmente compatível com a norma constitucional vigente.

PODE CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DIREITOS ADQUIRIDOS: Há duas correntes. A primeira entende que o Poder Constituinte originário é absoluto, incondicionado e ilimitado, podendo o constituinte dispor da vida jurídica do Estado como lhe parecer mais convincente, inclusive deixando de observar direitos adquiridos em conformidade com a ordem anterior. Para esta corrente o Poder Constituinte Originário pode tudo, a não ser que a CF expressamente ressalve situações jurídicas constituídas antes de sua vigência. **Essa é a posição pacífica do STF, para o qual não se admite invocação de direitos adquiridos contra a Constituição (RE 140.894 e RE 14.360).** Outra corrente, talvez mais defensável para a prova do MPF, é a de que a nova Constituição tem de respeitar avanços obtidos em temas de direitos fundamentais, sendo vedado o retrocesso nestes casos (efeito *cliquet* ou vedação do retrocesso), o que traz a idéia de que o Estado sempre atue no sentido de melhorar a vida da população. Isso seria, portanto, uma limitação ao Poder Constituinte originário.

**ADCT. Conceito.** Luís Roberto Barroso, ao falar das disposições transitórias, diz que as mesmas significam: *“a influência do passado com o presente, a positividade que se impõe com aquela que se esvai”* (BARROSO, 1993, p,310). Pelas palavras do referido autor, fica claro que o mesmo entende que a função maior da ADCT é justamente fazer uma transição entre o ordenamento jurídico que se vai com o ordenamento jurídico que chega, ou seja, fazer um elo de ligação entre duas constituições, evitando, assim, um colapso decorrente da referida transição. **Natureza Jurídica.** Os dispositivos do ADCT têm natureza jurídica de normas constitucionais de transição, sejam temporárias ou não, fazendo parte do que Raul Rocha Machado chama de *Direito Transitório*. Mas não há dúvida de que as mesmas são normas constitucionais, não só porque foram elaboradas e promulgadas pelo poder constituinte, como também em face do fato de só poderem ser alteradas por Emenda Constitucional, e, ainda, em função do princípio da unidade da constituição. Revestem-se, portanto, do mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição**.Classificação**. Vale ressaltar, ademais, que as normas do ADCT, segundo José Afonso da Silva, integram os *elementos formais de aplicabilidade*, que junto com o preâmbulo, são os que trazem regras para aplicação da Constituição, ajudando a garantir-lhe eficácia.

**ITEM C: Princípio da isonomia. Ações afirmativas. Igualdade e diferença. Teoria do impacto desproporcional. Direito à adaptação razoável.**

Obras consultadas:

G. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, Curso de direito constitucional, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

P. Lenza, Direito Constitucional Sistematizado. 2013.

D. Sarmento. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho, 2013.

Aulas preparatórias do Curso Ênfase, com o prof. Sergio Valadão.

**PRINCÍPIO DA ISONOMIA Vertentes.** A) **Igualdade formal.** Prevaleceu no constitucionalismo liberal – igualdade *perante* a lei. É a ideia de lei igual para todos – não existem mais distinções em razão de privilégios de berço. B) **Igualdade material**. Prevaleceu no constitucionalismo social – igualdade *na* lei (no seu conteúdo). Exemplo clássico de luta em torno da igualdade: direitos do trabalhador. **b1) Igualdade material socioeconômica.** É uma lógica de desigualar, de forma a equiparar aquele econômica ou socialmente mais fraco. Há mudança profunda acerca do conceito de pessoa. Tratam-se desigualmente os desiguais, observado o princípio da proporcionalidade. Proteção dos vulneráveis socioeconomicamentes. **b2) Igualdade material cultural**. Ideia de garantir igualdade também no plano material e simbólico: **igualdade como reconhecimento**. Ensina Nancy Frase que “a injustiça social decorre não só de problemas de distribuição de recursos, mas também um problema de reconhecimento”. Fala-se em um **direito à equiparação**. Segundo essa visão, como destaca o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, *“há direito a ser igual quando a desigualdade inferioriza* (ex: casamento entre homossexuais) *e há o* ***direito a ser diferente*** *quando a igualdade descaracteriza*.” Portanto, é papel do Direito promover as chamadas políticas de reconhecimento, que visam a dar a devida estima social a grupos que tenham sido historicamente estigmatizados pela sociedade e pelo Estado. Aqui se insere um dos fundamentos da proteção dos índios. Tratá-los como iguais descaracteriza sua cultura. **Teoria do impacto desproporcional**. Essa teoria (“*disparate impact doctrine*”) é muito utilizada por Daniel Sarmento e Deborah Duprat em ações ajuizadas pelo MPF; a teoria atua no plano da aplicação do Direito, e não no plano propriamente do conteúdo das normas. As violações à igualdade não são tão flagrantes, por isso precisamos aguçar nossa percepção para perceber se uma norma que tem conteúdo genérico e abstrato, mas cuja aplicação desfavorece sistematicamente uma minoria estigmatizada.Na ADIN 1946, o STF, embora sem citar diretamente a teoria, entendeu que aplicar o teto da Previdência em relação ao benefício da licença-maternidade estendida geraria um impacto desproporcional em relação às mulheres.

**AÇÕES AFIRMATIVAS. Conceito.** Medidas públicas ou privadas de caráter coercitivo ou não que **visam a promover a igualdade material através da discriminação positiva** de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e/ou estigma social.Exs: mulheres, negros, deficientes, índios, etc. **(**Para efetivar a igualdade material, o Estado pode lançar mão de **políticas de cunho universalista** — a abranger número indeterminado de indivíduos — mediante ações de natureza estrutural; **ou de ações afirmativas** — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares). A adoção de políticas que levam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integra o cerne do conceito de democracia. O modelo constitucional pátrio incorporara diversos mecanismos institucionais para corrigir distorções resultantes da incidência meramente formal do princípio da igualdade. O Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 186/DF, elucidou o conceito de ações afirmativas, afirmando ***“que seriam medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.*** *Explanou as diversas modalidades de ações afirmativas empregadas em vários países: a) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto a caracterizar certo grupo minoritário para promover sua integração social; b) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; c) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento de minorias; e d) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.”*. **Argumentos favoráveis**. 1) Argumento da justiça compensatória (reparação da desigualdade histórica); 2) Argumento da justiça distributiva (por meio da denominada **“*justiça distributiva*”** permite-se a superação das desigualdades no mundo dos fatos, através de intervenção estatal que realoque bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício de todos); 3) Argumento do pluralismo (pressupõe que pessoas de raças e níveis sociais diferentes, por exemplo, convivam no mesmo meio) 4) Argumento relacionado às políticas de reconhecimento (promoção da igualdade simbólica/cultural). **Temporariedade.** As políticas afirmativas tem um caráter temporário. **Releitura do conceito de igualdade.** A adoção das ações afirmativas é resultado de uma releitura do conceito de igualdade. *“A partir do Estado Social do Direito, cujo marco é o conhecido welfare state, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidade e de resultados na divisão social de bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed., 2003. p. 427). Esse senso de discriminação positiva foi analisado com maestria pelo Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, verbis: ‘Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e aos seus efeitos. Trata-se, primeiramente de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.’(BARBOSA GOMES, Joaquim B. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade – o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49)”* (INFO 657. Voto Min. Luiz Fux. ADI 4424/DF e ADC 19/DF). **Lei Maria da Penha. STF. Constitucionalidade da discriminação positiva.** Conclui o Min. Luiz Fux no citado voto, ao reconhecer a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha, ser estreme de dúvidas a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, também implementadas por medidas de caráter criminal, já que a referida lei estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social. **Limites. Discrímem positivo.** Ressalta, porém, que, *“por óbvio, todo discrímen positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. Essa* ***exigência de razoabilidade para a edição de ações afirmativas*** *foi muito bem analisada por Canotilho: ‘(...)* ***o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária****. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte:* ***existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável****.’ (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 7 ed., 2003. p. 428)”* (INFO 657. Voto Min. Luiz Fux. ADI 4424/DF e ADC 19/DF).

**DEBORAH DUPRAT:** A CR/88 insere-se no modelo do constitucionalismo social, no qual não basta, para observância da igualdade, que o Estado se abstenha de instituir privilégios ou discriminações arbitrárias. Pelo contrário, **“*parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações ou políticas públicas, que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos”* (Sarmento).** Muitos dos preceitos relacionados com a igualdade foram redigidos de forma a denotar a necessidade de ação. A própria Constituição, aliás, consagrou expressamente **políticas de ação afirmativa** em favor de segmentos sociais em situação de maior vulnerabilidade. Para citar os dois exemplos mais evidentes, o art. 7º, XX, da Carta (incentivo para inserção da mulher)*,* bem como o seu art. 37, VIII (reserva de vagas a pessoas com deficiência)*.*

**DIREITO ANTIDISCRIMINAÇÃO: PERSPECTIVAS**

**Perspectiva antidiferenciação:** combater discriminação, com tratamento neutro – sem ações afirmativas. **Perspectiva antisubordinação:** combater a discriminação com atuação efetiva a superá-la, com ações afirmativas. Esta é mais harmônica com o sistema de valores em que se assenta a Constituição e com a nossa realidade.

**COTAS NAS UNIVERSIDADES:** O fato de haver uma única raça não significa que o racismo não existe. Isso porque ele remanesce a partir de concepções sociais, culturais e políticas. **Promoção do pluralismo.** Vivemos em um país que tem como uma das suas maiores riquezas a diversidade étnica e cultural. Porém, para que todos se beneficiem dessa valiosa riqueza, é preciso que haja um contato real e paritário entre pessoas de diferentes etnias. É necessário romper com modelo informal de segregação, que exclui o negro da universidade, confinando-o a posições subalternas na sociedade, especialmente no ensino. As políticas de ação afirmativa baseadas em critérios raciais no ensino superior também são positivas na medida em que **quebram estereótipos negativos**. **Ativismo judicial:** quando o Judiciário se depara com normas e medidas que visam a favorecer grupos minoritários e hipossuficientes, a sua postura deve ser diferente. Não deve o Poder Judiciário frear as iniciativas inclusivas, convertendo-se no guardião de um *status quo* de assimetria e opressão, a não ser quando haja patente afronta à Constituição. Portanto, as políticas de cotas **não ofendem a nenhum dos subprincípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade**. Quanto à adequação, é evidente que, se o objetivo é promover a inclusão dos negros no ensino superior, a medida encetada é idônea, porque se propõe exatamente a tal fim. No que tange à necessidade, **não se vislumbra, *a priori,* qualquer outra medida que promova, com a mesma intensidade, a finalidade perseguida**. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, cumpre atentar para o valor que tem o acesso ao ensino superior na emancipação real dos afrodescendentes no Brasil. Em um quadro social de brutal exclusão do negro, e no marco de uma Constituição que tem como obsessão a conquista do pluralismo e da igualdade material e o combate ao preconceito e ao racismo, deve-se reconhecer a extraordinária importância da promoção dos interesses subjacentes à medida em discussão, na escala dos valores constitucionais.

**STF. INFO 663. ADPF 186/DF. O Plenário reconheceu a Constitucionalidade do sistema de cotas (processo de seleção baseado em critério étinico-racial).** Na linha da fundamentação supradesenvolvida, o Min. Ricardo Lewandowski entendeu no sentido da legitimidade dos requisitos empregados para seleção guardaria estreita correspondência com os objetivos sociais que se buscaria atingir, vez que o acesso às universidades públicas deveria ser ponderado com os fins do Estado Democrático de Direito e também com os postulados constitucionais que norteariam o ensino público (CF, artigos 205 e 207). Partiu da premissa de que o princípio da igualdade não poderia ser aplicado abstratamente, pois procederia a escolhas voltadas à concretização da justiça social, de modo a distribuir mais equitativamente os recursos públicos. Os programas de ação afirmativa seriam, então, forma de compensar essa discriminação culturalmente arraigada. Ressaltou que, hodiernamente, justiça social significaria distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados. Esse modo de pensar revelaria a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração de grupos marginalizados, e impenderia incorporarem-se nas ações afirmativas considerações de ordem étnica e racial. Além disso, discorreu sobre o papel integrador da universidade e os benefícios das ações afirmativas, que atingiriam não apenas o estudante que ingressara no sistema por intermédio das reservas de vagas, como também todo o meio acadêmico, dada a oportunidade de conviver com o diferente. **Acrescentou que esse ambiente seria ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea.** Reconheceu que as universidades adotariam duas formas distintas de identificação do componente étnico-racial: autoidentificação e heteroidentificação. Declarou que ambos os sistemas, separados ou combinados, desde que jamais deixassem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, seriam aceitáveis pelo texto constitucional. Por sua vez, no que toca à reserva de vagas ou ao estabelecimento de cotas, entendeu que a primeira não seria estranha à Constituição, nos termos do art. 37, VIII. **Afirmou, de igual maneira, que as políticas de ação afirmativa não configurariam meras concessões do Estado, mas deveres extraídos dos princípios constitucionais.** Concluiu, assim, que as cotas encontrariam amparo na Constituição. O Min. Luiz Fux, por seu turno, *“****ratificou que as ações afirmativas seriam políticas eficazes de distribuição e de reconhecimento, porquanto destinadas a fornecer espécies limitadas de tratamento preferencial para pessoas de certos grupos raciais, étnicos e sociais, que tivessem sido vítimas de discriminação de longa data. Clarificou que a igualdade não se efetivaria apenas com a vedação da discriminação, senão com a igualdade para além da formal, ou seja, a isonomia real como ultima ratio, a atender aos reclamos do não preconceito e da proibição ao racismo como cláusulas pétreas constitucionais.Aquilatou que o direito à diferença reivindicaria implementação ética da igualdade material,*** *escopo que não se alcançaria tão somente com promessas legais abstratas, as quais não se coadunariam com a moderna percepção da efetividade das normas constitucionais. Neste passo, qualificou as cotas em questão como instrumento de transformação social. Preconizou que a construção de sociedade justa e solidária imporia a toda a coletividade a reparação de danos pretéritos, a adimplir obrigações morais e jurídicas. Aduziu que todos os objetivos do art. 3º da CF, que prometeriam a construção de sociedade justa e solidária, traduzir-se-iam na mudança para se alcançar a realização do valor supremo da igualdade, a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.”* A Min. Cármem Lúcia anotou que *“****a Constituição partiria da igualdade estática para o processo dinâmico da igualação. Enfatizou a responsabilidade social e estatal de que o princípio da igualdade dinâmica fosse cumprido objetivamente.*** *(...)* ***Aludiu que as ações afirmativas seriam etapa diante de quadro em que a igualdade e a liberdade de ser diferente ainda não teriam ocorrido de forma natural.****”* O Min. Joaquim Barbosa *“****frisou que as ações afirmativas definir-se-iam como políticas públicas voltadas à concretização do princípio da igualdade material e da neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.*** *Apontou que a igualdade deixaria de ser princípio jurídico a ser respeitado por todos e passaria a se consubstanciar objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade*.” **OBS.** Os demais ministros também fizeram outras considerações de extrema importância. Logo, reputa-se obrigatória a leitura do **INFO 663 do STF**.

**IGUALDADE E DIFERENÇA**: O art. 5º, caput, consagra a ideia de igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza. Igualdade encontra-se na perspectiva dos Direitos Fundamentais de 2ª Dimensão, na evidenciação de direitos sociais, culturais e econômicos. Em um sentido formal corresponde ao tratamento igual perante a lei, à uniformidade de tratamento. Em sua primeira acepção, pensou-se que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol de direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Já no sentido material, substancial ou real, surge num contexto de que só reprimir a discriminação negativa não é garantia de uma igualdade efetiva. Passa-se a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de maneira a tratar de modo dessemelhantes situações desiguais (discriminação positiva). Vale citar trecho do voto do Min. Carlos Brito na ação que reconheceu a constitucionalidade do PROUNI: “O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou desvalor, ali). Isto porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais)”. A igualdade é tratada em diversas dispositivos da Constituição Federal de 1988, como no caput do art 5º, além dos incisos I, XXXVII, XLI e XLII, art. 3º, I, III e IV, art. 4º, VIII, dentre vários outros. Já a diferença pode ser entendida com um sentido de desigualdade justificada por fatores sociais, culturais ou econômicos, oportunidades em que o próprio texto constitucional prevê situações como diferenciações entre homens e mulheres para fins de proteção penal (condições para presidiárias amamentar seus filhos), finalidades previdenciárias (licença maternidade e aposentadoria mais cedo), deveres cívicos (como o serviço militar obrigatório), etc... Outro sentido para diferença pode ser no sentido do direito de “ser diferente”, pois a CF já em seu preâmbulo introduz conceitos como uma sociedade pluralista e sem preconceitos e nos objetivos fundamentais garante uma sociedade livre, justa e solidária, que deve promover o bem de todos sem preconceitos de raça, cor, gênero, idade ou qualquer outra forma de discriminação.

**TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL**: A Teoria do Impacto Desproporcional está atrelada aos conceitos de discriminação de fato e discriminação indireta, importantes para a compreensão das ações afirmativas. A discriminação de fato acontece quando uma norma jurídica é válida e poderia ser aplicada de maneira não discriminatória, mas no mundo dos fatos ela acaba discriminando pessoas e grupos. Já a discriminação indireta acontece quando há uma norma aparentemente neutra e a sua aplicação efetivamente irá discriminar uma pessoa ou grupo, ou seja, a mera aplicação da norma leva à discriminação. Segundo Deborah Duprat, no parecer da ADI 4424, entende-se que a situação de discriminação indireta é correlata com a teoria do impacto desproporcional. É citado o Min. Joaquim Barbosa, para “*quem tal teoria (do impacto desproporcional) consiste na ideia de que toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.”* Daniel Sarmento informa sobre o uso da teoria do impacto desproporcional, para evitar discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero, pela Corte Europeia de Justiça.Diz ele*: “O primeiro precedente ocorreu no julgamento do Caso 170/84, Bilka Kaufhaus vs. Von Hartz, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial.* E prossegue a respeito da jurisprudência pátria: *“Embora a teoria do impacto desproporcional ainda não tenha sido explicitamente examinada pela jurisprudência constitucional brasileira, é importante destacar que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos à argumentação sobre o impacto real de determinadas medidas sobre grupos vulneráveis, independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória. O caso mais importante e conhecido neste particular é o acórdão do STF, proferido na ADI nº 1946-DF, julgada em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R$ 1.200,00, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença maternidade. Ora, o argumento em que se louvou o STF para, por unanimidade, em decisão de interpretação conforme a Constituição, impedir a incidência questionada, foi o de que ela teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Como a isonomia entre gêneros constitui cláusula pétrea (art. 5º, inciso I, combinado com art. 60, § 4º, inciso IV, CF), entendeu-se que o limite dos benefícios não poderia ser aplicado ao salário-maternidade, sob pena de inconstitucionalidade”.*

DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcionais ou indevidos, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as **pessoas com deficiências** possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Este conceito está previsto no Decreto 6949, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. A adaptação deve ser razoável e não gerar ônus indevido ou desproporcional, verificando também ser ela necessária ou não, deixando de gerar a exigência da adaptação se a pessoa pode exercer o direito sem embaraços. Deve ainda ser considerada a relação custo-benefício para se efetivar a adaptação, devendo ser feita da maneira mais eficiente e sem dispêndios excessivos. A não realização da adaptação quando possível e razoável pode gerar discriminações negativas em desfavor das pessoas com deficiências.

**ITEM A: Democracia. Conceito. História. Fundamentos. Democracia representativa e participativa. Teorias deliberativa e agregativa da democracia. Instrumentos de democracia direta na Constituição de 1988.**

Obras Consultadas

D. Sarmento. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho, 2013.

Aulas preparatórias do Curso Ênfase, com o prof. Sergio Valadão.

A expressão **democracia** vem do grego “governo do povo”, sendo um conceito surgido no período axial da Grécia antiga (começa do século 6 A.C.), que estava ligado ao modo de ser da pólis. Neste período o espaço público de deliberação estava presente em quase todos os setores da vida e a democracia era exercitada pelo próprio cidadão, sem intermediários, que comparecia às ágoras (praças) e ali deliberava, participando do processo de elaboração das leis e das opções administrativas, e até mesmo julgando. Com o advento do império romano esta ideia ficou esquecida e veio a ser retomada com o iluminismo por alguns filósofos, em especial Rousseau (O Contrato Social – defendia o modelo grego). Já a democracia moderna vai começar a se esboçar através a ideia de representação política proposta pelo abade de Siéyes.

**Democracia substancial** consubstancia a proteção dos direitos das minorias (vg., reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo; demarcação de terras indígenas; a constituição das CPIs através de 1/3 dos parlamentares – art. 58, § 3o, CF). Jürgen Habermas e Friedrich Muller ensinam que a democracia exige mais do que eleições livres, com sufrágio universal e possibilidade de alternância do poder, pressupondo, outrossim, a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a garantir que cada um forme livremente sua convicção e participe livremente dos diálogos políticos.

O sufrágio abrange o direito de voto, de ser votado e de participação em plebiscitos, referendos e iniciativas populares. O **sufrágio** é **universal** pois reconhece-se a todos os nacionais do país, independentemente da pertinência a dado grupo ou classe, contrapondo-se ao sufrágio restrito que pode ser censitário (condição econômica) ou capacitário (habilidade intelectual). As Constituições brasileiras negavam, em geral, o direito do sufrágio ao analfabeto. A EC. 25/85 revogou esta orientação, posição consolidada com a CRFB/88. O TSE tem entendimento de que o índio que não saiba se comunicar em língua portuguesa tem o direito de se alistar e votar.

O **sufrágio** é **direto** pois, com base no princípio da imediatidade do voto, este é conferido pelo eleitor a determinado candidato ou partido, sem que haja mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. O sistema proporcional (que faz a eleição de um parlamentar depender dos votos atribuídos a outros colegas de legenda) não retira o caráter de eleição direta.

O **voto secreto** é inseparável da ideia de voto livre. O Plenário do STF (Inf. 645) deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador Geral da República, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei 12.034/2009, que dispõe sobre a criação, a partir das eleições de 2014, do voto impresso.

O sistema democrático assegura o **voto periódico**. O texto constitucional consagra, como cláusula pétrea (art. 60, § 4o, II), a periodicidade do voto, o que traz consigo a ideia de renovação e alternância dos ocupantes dos cargos eletivos e da temporariedade dos mandatos.

A **igualdade do voto** abrange a equivalência quanto ao valor numérico e quanto ao resultado. Não obstante, no sistema proporcional, nem sempre aquele que aufere maior número de votos vence o pleito, porquanto ressai como relevante a força partidária em granjear candidatos carismáticos com vistas à majoração do quociente da agremiação política.

O **pluralismo**indica o direito à diferença como inerente à própria dignidade da pessoa humana, assinalando que o indivíduo é livre para se autodeterminar, imune a intromissões de terceiros.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: Para o conceito de democracia participativa, introduzido por Paulo Bonavides, o povo assume um papel de controle final de todo o processo político, possuindo a iniciativa e a sanção de cada lei e ato normativo de superior interesse público, pelo que se mostra clara a identificação entre a democracia participativa e a democracia direta. É o povo, assim, “instância suprema do processo político. “Neste cenário, o sistema representativo tem uma utilidade meramente auxiliar, instrumental e subsidiária, sujeitando-se à soberana decisão popular. Continuam a existir, portanto, as instâncias representativas, com o objetivo de que a máquina do poder e do governo não fique paralisada, porém tais instâncias têm caráter tão-somente de segundo ou terceiro graus, vez que a instância de primeiro grau é o povo. Bonavides se refere a um sistema de governo em que há espaço para uma participação popular, em que o povo possa construir seus direitos junto com as autoridades que também estão engajadas num processo de busca do bem comum. O professor assume que pode parecer utópico, mas a essência de sua perspectiva, como ele mesmo afirma, "rejuvenesce o conceito e lhe imprime energia, sedução, imanência e força".

TEORIA AGREGATIVA: A teoria agregativa é decisionista, porque para ela a democracia é agregação de preferências individuais. Agregação é mera junção de vontades para a tomada de uma decisão. Esta teoria agregativa é elitista e seus teóricos são céticos, pois entendem que uma grande massa da população não é capaz de tomar decisões políticas. Pressupõem que há camadas e culturas que não são capazes de serem protagonistas do processo decisório democrático, não acreditando no diálogo de culturas diferentes. Contrapõe-se à democracia deliberativa, pois há nesta o estabelecimento de processos para que aconteça a argumentação e reflexão para discutir assuntos públicos e se chegar à possibilidade do convencimento.

TEORIA DELIBERATIVA. Para a teoria deliberativa a democracia é um espaço aberto e comunicativo, um espaço argumentativo de comunicação e deliberação. Não é apenas uma técnica de tomada de decisão, mas também um procedimento que permite ampla reflexão e argumentação para se chegar a uma melhor decisão. A ação comunicativa é uma palavra chave para esta teoria deliberativa. Jurgen Habermas vê 2 esferas de atuação: formação da vontade democraticamente construída em espaços institucionais e a construção de opinião informal em espaços extrainstitucionais. Todos os atores devem ter possibilidade de participar e devem poder agir em liberdade, sem pressões ou coações. Depende de um procedimento argumentativo em que os atores tentarão se convencer com honestidade e tomarão a decisão que lhes pareça mais benéfica.

Os **instrumentos da democracia participativa**, no Brasil, podem ser: a) aqueles atinentes à representação, basicamente relacionados ao sufrágio universal; b) aqueles tradicionalmente constantes do rol dos instrumentos da democracia direta: plebiscito, referendo e iniciativa popular; c) aqueles inovadores, peculiares da democracia participativa, que consistem nas mais variadas formas de participação da sociedade, como meio de legitimação do poder e exercício da soberania popular.

A seguir, estão elencados os enunciados constitucionais que garantem a democracia participativa no Brasil e que inspiraram a criação, por lei, de diversos outros instrumentos de participação da sociedade. - obrigação de os órgãos públicos prestarem informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, no prazo da lei (Art. 5º,  XXXIII – Constituição Federal – CF)

- direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder  (Art. 5°, XXXIV, a -  CF);

- reconhecimento da competência do Tribunal do Júri,  de caráter eminentemente popular, de participação da sociedade no Poder Judiciário (Art. 5°, XXXVIII -  CF);

- legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando 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 (Art. 5°LXXIII – CF );

- participação da comunidade nas ações de seguridade social (Art. 194,VII – CF);

- participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (Art. 10 – CF);

- previsão de aprovação da população, por plebiscito, em caso de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados (Art. 18, § 3° – CF);

- previsão de  consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios (Art. 18, § 4° – CF);

- previsão de lei sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (Art. 27, § 4º – CF). Esse dispositivo levou os Estados a regulamentarem a iniciativa popular e a criarem, alguns deles, a Comissão de Legislação Participativa, facilitando a participação popular na iniciativa legislativa;

- colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal ( Art. 29, XII – CF). Deu origem ao Orçamento Participativo, em âmbito municipal, em diversas cidades brasileiras;

- previsão de iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado ( Art. 29, XIII – CF);

- colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade e a legalidade (Art. 31, § 3º – CF);

- participação dos usuários na administração direta e indireta quando se tratar de prestação de serviços à comunidade (Art. 37, § 3º– CF);

- obrigatoriedade de a Administração direta e indireta criar mecanismos para receber reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (Art. 37, § 3º, I – CF).  Esse dispositivo ensejou a criação de ouvidorias e outras formas de atendimento aos usuários;

- acesso da sociedade a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (art. 37, §3º,II – CF);

- disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (Art. 37, §3º, III – CF). Além das ouvidorias, inspirou a criação das corregedorias no serviço público.

- instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, em todas as esferas da Federação, com a participação dos servidores (Art. 39 – CF);

- realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil ( Art. 58, II – CF);

-  viabilização de corregedorias e ouvidorias, no âmbito do Legislativo, para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (Art. 58, IV – CF);

-  legitimidade dos cidadãos para iniciativa de leis (Art. 61 e § 2º – CF);

- legitimidade ao cidadão, partido político, associação ou sindicato, para  denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (Art. 74, § 2º – CF);

- participação de seis cidadãos brasileiros natos, no Conselho da República (Art. 89, VII – CF);

- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-b,  XIII -CF);

- previsão de corregedoria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Art. 103-B, § 5º, I -CF);

- previsão de ouvidorias de justiça, no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios,  para receber reclamações e denúncias (Art. 103-B, § 7º -CF);

- participação de dois cidadãos no Conselho Nacional do Ministério Público [(Art. 130-A, VI – CF);](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2)

[- criaçãodeouvidoriasdoMinistérioPúblico, emâmbitofederaleestadual,](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art2) para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público (Art. 130-A, § 5º- CF);

- fiscalização pela sociedade, quanto às atividades  das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção (Art. 173, § 1º, I – CF).

- participação do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (Art. 187 – CF);

- participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social ( art. 194, parágrafo único, inciso VII – CF).   Deu origem aos Conselhos de Assistência Social;

- participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (Art. 198, III – CF). Deu origem aos Conselhos de Saúde;

- participação da população, por meio de organização representativas, na formulação das políticas e no controle das ações da Assistência Social (Art. 204, II – CF);

- colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação ( art. 205- CF) e gestão democrática da educação (Art. 206, VI – CF);

- colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro (Art. 216, § 1º- CF);

- exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações ( Art. 225 – CF);

- participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (Art. 227, §1º- CF);

- participação da sociedade no amparo às pessoas idosas (Art. 230 – CF);

- participação de representantes da sociedade civil, no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Art. 79 das Disposições Constitucionais Transitórias)[.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc31.htm#adctart79)

É importante dizer que, como visto, diversos instrumentos da democracia participativa não estão direta e expressamente previstos na Constituição, mas na legislação infraconstitucional. Trata-se da criação dos Conselhos  de direito; Conselhos gestores políticas públicas; Orçamento participativo; Ouvidorias; Comissões  de legislação participativa. Tudo inspirado no sistema democrático estabelecido pela Constituição de 1988. Isso significa que, não somente os mecanismos e instrumentos atualmente conhecidos, mas diversos outros podem vir integrar o elenco das formas que compõem a democracia participativa no Brasil, sob a égide da Constituição Cidadã.

**ITEM A: Orçamento público: controle social, político e jurisdicional.**

Obras consultadas:

BULOS, Lammêgo Uadi. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

EVANGELISTA, Lucio. Controle social versus transparência pública: uma questão de cidadania. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Orçamento Público do Tribunal de Contas da União, Senado Federal, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Controladoria Geral da União. Brasília: 2010. In: http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053966.PDF.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISCITELLI, Tathiane. Direito Financeiro Esquematizado. São Paulo: Editora Método, 2011.

Site: http://www.portaldatransparencia.gov.br/controleSocial/

Legislação Básica

Constituição Federal, artigos 70, 74, 165 a 169, 203 e 207;

Lei Ordinária n.º 4.320/1964 (Lei Complementar Orçamentária);

Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);

Lei Ordinária n.º Lei n. 8.142/1990 (Participação da comunidade na gestão do SUS);

Lei Ordinária n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

Lei Ordinária n.º 8.742/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social);

Lei Ordinária n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

**1. Orçamento público: conceito**

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, em seu sentido clássico, orçamento “é um ato que contém, para um tempo determinado, a previsão das receitas e das despesas do Estado, ordenando a percepção de umas e o pagamento de outras”.

Em seu sentido moderno, o orçamento reflete a opção econômica pelo intervencionismo estatal, angariando acréscimos em seu conteúdo primário, que envolvia, outrora, somente estimativas de receitas e autorizações de despesas correntes (elementos de índole contábil). Tornando-se um instituto complexo, o orçamento público adquiriu caráter:

🡪 jurídico, porque delineado e delimitado por disciplina constitucional e infraconstitucional;

🡪 governamental, porque apresenta os planos e programas de obras e serviços dos governantes;

🡪 econômico, porque implica exame da conjuntura econômico e financeira do Estado, para previsão de sua gestão orçamentária; e

🡪 técnico, porque traduz, por meio de técnicas contábeis, todas as características anteriores.

Todas essas características apontam para uma função programática do orçamento, que ultrapassa seu intuito primordial de simples previsão de receitas e despesas. Pela assunção dessa função programática, criou-se a qualificação **orçamento-programa**, compreendido “como espécie ou variedade do gênero orçamento, cuja tarefa é programar e planejar a atividade econômica e a ação governamental do Estado, fomentando o crescimento das entidades político administrativas de Direito Público Interno” (BULOS). O orçamento-programa aproxima-se da ideia de planejamento econômico e está presente, enquanto atributo, no traçado dos planos plurianuais e da lei de diretrizes orçamentárias.

**2. Anatomia do sistema orçamentário brasileiro**

A anatomia do sistema orçamentário brasileiro parte de um conjunto de quatro legislações, uma de caráter permanente e três destinadas à vigência temporária. São elas:

**(i) Lei complementar financeira**

O artigo 163, I, da Constituição Federal afirma que “*lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas*”. A lei n.º 4.320/1964 cuida, atualmente, das normas aplicáveis à elaboração dos orçamentos temporários. Veja-se que não se trata de lei complementar; porém, foi nesta qualidade recepcionada pela Constituição, pelo que seus preceitos são em tudo aplicáveis. Cumpre a essa legislação dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, as normas de gestão financeira e patrimonial da Administração direta e indireta, as condições para instituição e funcionamento dos fundos, os limites para a despesa com pessoal ativo e inativo de todos os entes federativos, dentre outros. A Lei de Responsabilidade Fiscal também traz normas sobre orçamento público a se enquadrar nesse conceito de lei complementar financeira.

**(ii) Plano plurianual**

Segundo o artigo 165, §1º, da Constituição Federal,

“*A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.*”

As **despesas de capital** são aquelas que representam investimentos do setor público, pois tendem a implicar **aumento do patrimônio público e da capacidade produtiva da economia,** como um todo. Não se destinam, simplesmente, à manutenção do Estado, como as despesas correntes, mas ao estímulo à atividade econômica. As despesas de capital podem ser:

- **investimentos**, propriamente ditos, ou seja, gastos com planejamento e execução de obras (art. 12, §4º, Lei 4.320/1964);

- **inversões financeiras**, isto é, dotações destinadas, por um lado, à aquisição de imóveis ou bens de capital já em utilização ou de títulos representativos de capital de empresas ou entidades já constituídas, sem que haja aumento de capital, ou, por outro lado, à constituição ou aumento de capital de entidades ou empresas com objetivos comerciais ou financeiros (art. 12, §5º, Lei 4.320/1964).;

- **transferências de capital**, ou seja, as “*dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública*” (art. 12, §6º, Lei 4.320/1964).

O plano plurianual, portanto, tem por objetivo planejar os gastos do Poder Público com o crescimento do Estado e da Economia, isto é, com os investimentos e demais despesas que revertam em prol da população. Por isso, BULOS define o plano plurianual como um “plano de investimentos, devendo compatibilizar-se com todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais (CF, art. 48, IV)”. Vale lembrar que todas as despesas de capital relativas a programas de duração continuada devem estar previstas no plano plurianual, cuja duração é de quatro anos.

**(iii) Lei de diretrizes orçamentárias**

Segundo o artigo 165, §2º, da Constituição Federal,

*“§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.”*

A LDO precede à elaboração do orçamento, eis que tem por finalidade fornecer a este as suas metas e prioridades. Além disso, a LDO prevê as alterações da legislação tributária, o que deverá ser levado em conta quando da confecção da lei orçamentária anual, e traça a política de aplicação das agências financeiras de fomento. É muito forte na LDO a ideia do orçamento-programa.

**(iv) Lei orçamentária anual**

A lei orçamentária anual (LOA), à luz do disposto no plano plurianual (PPA) e na lei de diretrizes orçamentárias (LDO), estima na forma contábil as receitas e despesas do ente público (da União, por exemplo), devendo conter:

*“I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;*

*II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;*

*III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”* (art. 165, §5º, CF)

 A LOA é válida no exercício financeiro a que se destina, com duração de um ano coincidente com o ano civil. Não pode contar dispositivos estranhos ao orçamento – Ruy Barbosa chamava as leis orçamentárias com tais penduricalhos “orçamentos rabilongos”. Ademais, “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia” (art. 165, §6º, CF).

**3. Princípios orçamentários**

Nem todos os princípios orçamentários são explícitos na Constituição Federal, mas todos eles, de uma forma ou de outra, decorrem dos ditames da Carta Magna. Com brevidade, podem ser citados os seguintes princípios orçamentários:

(i) **Princípio da universalidade orçamentária**: a lei orçamentária anual deverá compreender todas as rendas e despesas dos Poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta;

**(ii) Princípio da unidade orçamentária**:um só documento deverá trazer uma visão conjunta dos recursos e gastos anuais do governo, o que vem sendo atenuado com o crescimento dos encargos do Estado, a ensejar o aparecimento de orçamentos paralelos (orçamentos das autarquias, das entidades paraestatais etc.);

**(iii) Princípio da programação orçamentária:** o orçamento deve realizar um programa de trabalho do governo, seguindo a linha planejada pelos poderes públicos;

**(iv) Princípio da pureza orçamentária (ou da exclusividade):** é vedado à lei orçamentária conter elementos estranhos à fixação de despesas e estimativa de receitas, proibidos os orçamentos rabilongos (art. 165, §8º, CF);

**(v) Princípio do equilíbrio orçamentário:** o orçamento deve ser equilibrado em suas despesas e receitas, vedados gastos superiores às arrecadações e proibidas arrecadações desmesuradas, que promovam o empobrecimento do contribuinte;

**(vi) Princípio da legalidade orçamentária:** não podem ser empreendidas despesas que não estejam previstas em alguma das leis de natureza orçamentária, sujeitando-se quaisquer gastos e programas ao PPA, à LDO e à LOA;

**(vii) Princípio da anualidade orçamentária (ou autonomásia):** o orçamento deve ser executado num período de tempo pré-determinado, no caso, de um ano, coincidente com o ano civil;

**(viii) Princípio da plurianualidade das despesas de investimento:** “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade” (art. 167, §1º, CF);

**(ix) Princípio da não afetação da receita:** é proibida a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, salvo exceções constitucionais (art. 167, IV, CF);

**(x) Princípio da quantificação dos créditos orçamentários:** é vedada a concessão ou utilização de créditos ilimitados, pelo que todos os créditos devem ser quantificados e fiscalizados pelo Poder Legislativo (art. 167, VII, CF).

**4. Processo legislativo das leis orçamentárias: peculiaridades**

As leis orçamentárias de vigência temporária são de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo, que as remete ao Poder Legislativo para apreciação no prazo indicado na legislação complementar. Frise-se que o envio da proposta de leis orçamentárias é, mais do que uma faculdade, um dever do Chefe do Executivo, pois sem o parâmetro legal o Estado permanece engessado, vedadas quaisquer despesas sem previsão legal.

A apreciação das leis orçamentárias, no caso da União, é feita pelas duas casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum (art. 166, CF). Os parlamentares podem apresentar emendas, as quais serão examinadas por comissão mista e votadas nas duas casas, segundo procedimento legislativo comum. Contudo, as emendas devem sujeitar-se a requisitos previstos pela própria Constituição Federal:

*“§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:*

*I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;*

*II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:*

*a) dotações para pessoal e seus encargos;*

*b) serviço da dívida;*

*c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou*

*III - sejam relacionadas:*

*a) com a correção de erros ou omissões; ou*

*b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.”*(CF, art. 166, §3º)

Se o caso for de modificação da LDO, deve ser ela compatível com o plano plurianual (art. 166, §4º, CF). Já o processo de emenda do plano plurianual segue o disposto no artigo 63 e seguintes da Constituição, mas não pode implicar aumento de despesa em relação ao projeto original do Poder Executivo.

Em regra, a lei orçamentária anual, em regra, não deve ser rejeitada, pois uma sessão legislativa não pode ser interrompida sem a aprovação, ao menos, da LDO (CF, art. 57, §2º). As hipóteses de rejeição são em tudo excepcionais, justificando-se perante situações integralmente distorcidas. Para BULOS, a possibilidade de rejeição acarreta tão graves efeitos que mereceria banimento (p. 1489). Um exemplo dado pelo autor para possibilidade de rejeição é o caso de “proposta distorcida, ilegal e formalmente impossível de ser consertada e, muito menos, melhorada pelo recurso instituído da emenda”.

**5. Controle orçamentário: parâmetros gerais**

O controle da atividade financeira e, por tabela, do orçamento público dá-se a partir de três critérios distintos.

Em primeiro lugar, existe o **controle de legalidade**, a exigir de toda despesa previsão legal correspondente. Outrossim, o critério da legalidade requer que o gasto público sujeite-se às normas limitadoras da Constituição Federal e da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive no tocante a limites de despesas.

Em segundo lugar, existe o **critério de legitimidade**. Aqui, não se pergunta se o gasto tem ou não previsão legal, se é ou não adequado aos ditames constitucionais e de responsabilidade fiscal, mas, sim, se é ele eficiente no atendimento às necessidades públicas. O exame, portanto, é de mérito, pressupondo a verificação da tutela do bem jurídico valorado por meio da despesa.

Por fim, existe o **controle de economicidade**. Segundo esse parâmetro, a despesa pública, visando a algum objetivo, deve atendê-lo com o menor custo possível, alcançando-se a melhor relação custo/benefício.

Os três critérios acima mencionado podem servir de parâmetro tanto para o controle político, como para o controle social e jurisdicional do orçamento público.

**Controle político do orçamento público**

**1. Controle interno**

O controle interno do orçamento público – mais precisamente, da execução das leis orçamentárias – é empreendido pelo próprio Poder Executivo, ou por qualquer dos outros Poderes, desde que responsáveis pelo respectivo gasto. Essa forma de controle fundamenta-se no poder hierárquico e no princípio da autotutela, permitindo ambos a verificação da legalidade e eficácia dos atos de gestão financeira.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “o controle interno objetiva a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e visa a assegurar a regularidade da realização da receita e da despesa, possibilitando o acompanhamento da execução do orçamento, dos programas de trabalho e a avaliação dos respectivos resultados. É, na sua plenitude, um controle de legalidade, conveniência, oportunidade e eficiência” (p. 699).

O controle interno é regido pelo artigo 74 da Constituição Federal, que diz:

*“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:*

*I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;*

*II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;*

*III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;*

*IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

*§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”*

Ressalte-se que as irregularidades e ilegalidades não são de imediato sanadas pelos órgãos fiscalizadores, sendo comunicadas ao Tribunal de Contas, ente competente para avaliar, com tecnicidade, a matéria.

**2. Controle externo**

A responsabilidade pelo controle político externo da execução orçamentária é atribuída ao Poder Legislativo, que se vale, para desincumbir-se de seu mister, de dois corpos: a comissão mista permanente de Senadores e Deputados e o Tribunal de Contas. A função do controle externo, segundo Hely Lopes Meirelles, é a de comprovar “a probidade da Administração e a regularidade da guarda e emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento”. É, assim, um controle político de legalidade contábil e financeira (p. 699).

**(i) Comissão mista de Senadores e Deputados**

A comissão mista permanente de senadores e deputados tem suas atribuições previstas pelo artigo 166, §1º, da Constituição Federal:

*“§ 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:*

*I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República;*

*II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.”*

Caso a comissão, no exercício de suas atribuições, encontre indícios de despesas não autorizadas, pode solicitar esclarecimentos à autoridade responsável. Se os esclarecimentos não forem prestados ou, em o sendo, sejam insuficientes, a comissão encaminhará o caso ao Tribunal de Contas, solicitando parecer no prazo de trinta dias. Confirmada a irregularidade da despesa, a comissão deverá propor ao Congresso sua sustação, desde que possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública. Todo esse procedimento é previsto no artigo 72 da Constituição[[9]](#footnote-8).

**(ii) Tribunais de contas**

Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares do Poder Legislativo e têm por atribuição a fiscalização das despesas da administração pública. Trata-se de órgão técnico, competente para julgar contas, produzir pareceres e realizar inspeções, nos termos do artigo 71 da Constituição Federal:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tathiane Piscitelli agrupa as incumbências acima citadas em três blocos distintos: (a) atividades de fiscalização em sentido estrito, (b) controle de legalidade de atos e (c) providências práticas diante de ilegalidades e irregularidades.

As atividades de **fiscalização em sentido estrito** englobam a fiscalização de contas e a realização de inspeções e auditorias. Todos os administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta têm suas contas apreciadas. Irregulares as despesas, poderão ser aplicadas sanções.

Especificamente em relação às contas do Presidente da República, o Tribunal de Contas (da União, na hipótese) procede apenas à elaboração de parecer prévio, sem julgamento e, por tabela, sem possibilidade de, diante de irregularidades, aplicar sanções. O julgamento das contas do Presidente é de competência exclusiva do Congresso Nacional, que utilizará o parecer prévio do TCU como elemento na formação de sua convicção.

Quanto às auditorias e inspeções, poderão ser empreendidas por iniciativa própria ou a pedido do Poder Legislativo, de alguma comissão técnica ou de inquérito.

As atividades de **fiscalização da legalidade de atos** incidem sobre a admissão de pessoal e sobre a concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Os recursos humanos da administração direta e indireta sujeitam-se a esse controle de legalidade, excluído somente nas hipóteses de nomeações para cargos em comissão e de melhorias posteriores em aposentadorias, reformas e pensões que não alterem o fundamento legal do ato concessório inicial.

Por fim, as **providências práticas** diante de irregularidades e ilegalidades implicam atos concretos, como a aplicação de sanções previstas em lei, a fixação de prazo para saneamento do vício, a sustação do ato viciado se inerte o responsável pela sua correção, e a representação de abusos e irregularidades ao Poder competente.

Importante frisar que, salvo nas hipóteses expressas de fiscalização da legalidade de atos, acima citadas, a atuação dos Tribunais de Contas não ocorre *a priori*, mas, sempre, *a posteriori*. Por isso, descabe controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, ou mesmo sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos, salvo inspeções ou auditorias *in loco*.

Fora dos parâmetros constitucionais, os Tribunais de Contas também recebem atribuições da Lei de Responsabilidade Fiscal, como a verificação do cumprimento das metas estipuladas na LDO e a observância dos limites com endividamento e despesas com pessoal. No entanto, tais atribuições legais são exercidas pelos TCs na qualidade de auxiliar do Poder Legislativo[[10]](#footnote-9).

**Controle social do orçamento público**

**1. Controle social, participação e democracia**

Segundo Lucio Evangelista, o acompanhamento da gestão e fiscalização dos gastos no setor público, quando realizados pela própria sociedade, recebe a denominação de controle social. O controle social representa um avanço no fortalecimento da sociedade democrática, por pressupor novas formas de relacionamento entre o cidadão e o Estado. Aquele cidadão, de sujeito passivo das políticas públicas, assume papel ativo na definição, implementação, avaliação e fiscalização da ação pública, interferindo no processo de programação governamental preventiva e repressivamente.

Gilmar Mendes afirma que a maior fiscalização da execução orçamentária por parte da sociedade é viabilizada pela ideia de transparência, princípio constitucional qualificado como pedra de toque do Direito Financeiro. Para o autor, “o princípio da transparência guarda estreita ligação com o fortalecimento democrático. Aqui, como em relação ao princípio da responsabilidade fiscal, o princípio democrático opera em mão dupla. O acesso às informações governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia; do mesmo modo, o fortalecimento desta estimula um maior acesso àquelas informações.”

Mas o controle social, viabilizado pelo princípio da transparência, não exige apenas a publicação pura e simples das leis orçamentária. De fato, em regra, essa legislação, por seu aspecto contábil, pressupõe o domínio de linguagens técnicas muito apartadas da realidade da maior parte da população. Por essa razão, outros instrumentos de transparência mais participativos precisam ser assegurados, como aqueles citados pela Lei de Responsabilidade Fiscal:

*“a) incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;*

*b) liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; c) adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União”* (LRF, art. 48, parágrafo único)

No campo desses instrumentos, é mister exigir-se que as informações pormenorizadas permaneçam acessíveis ao público em duas versões, abrangendo tanto a linguagem técnica como a linguagem coloquial, com o fim de se facilitar ao povo o exercício de sua função fiscalizatória.

No mais, uma vez bem informada, diversos são os instrumentos de controle colocados à disposição da população, dentre os quais podem ser citados os mecanismos de denúncia, os conselhos gestores de políticas públicas e o orçamento participativo.

**2. Denúncias de irregularidades**

O artigo 74, §2º, da Constituição Federal, tratando da participação popular no controle do orçamento público, aduz:

*“§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”*

De fato, segundo Lucio Evangelista, o controle social pressupõe a fiscalização ativa das ações governamentais pelo cidadão e pelas entidades representativas da sociedade organizada. Essa papel, embora atribuído a largo espectro social, é exercido com primor pelas instituições não-governamentais, as quais, em regra, dotam-se da estrutura, do conhecimento e das ferramentas necessárias para melhor fiscalizar a aplicação dos recursos públicos de forma compatível com as normas e necessidades da sociedade.

Reitere-se, de qualquer forma, que essa facilidade atribuída às entidades da sociedade civil não substitui a legitimidade do cidadão comum, cuja hipossuficiência técnica e informacional deve ser superada por aqueles meios citados – a disponibilização de dados em linguagem acessível e simplificada. Ademais, essa forma de participação deve ser até incentivada, para que cada um verifique, por exemplo, se não faltam professores nas escolas, se não faltam médicos e enfermeiros nos hospitais, se o transporte escolar é seguro e confortável etc.

**3. Conselhos gestores de políticas públicas**

Os conselhos gestores de políticas públicas são espaços públicos de composição plural e, em regra, paritária entre Estado e sociedade civil. Essa composição paritária é a responsável pela articulação desses espaços como importantes canais de comunicação com os Poderes Públicos e de participação popular em todas as três instâncias de governo.

Os conselhos, em regra, exercem funções deliberativas e consultivas, formulando políticas públicas em seus respectivos setores e fiscalizando sua implementação e execução. Hoje, há conselhos nas áreas da criança e do adolescente, da assistência social, da saúde, da alimentação escolar, do Bolsa Família, dentre outros. Embora sua atuação seja em muito relevante, é preciso ter em mente que sua implementação, no âmbito da União, Estados e Municípios, não é suficiente, em si, sendo necessário estímulo e educação para que os conselheiros assumam adequadamente suas tarefas. Isso porque, segundo averiguado pelo próprio TCU e por relatórios de fiscalização da Controladoria-Geral da União, em muitos casos os conselhos são criados apenas para permitir que entes federativos não sejam impedidos de receber recursos federais, não contando com atuação efetiva, após seu nascimento virtual. Essa espécie de apatia, reforçada, em muitos casos, pela falta de preparo dos conselheiros, pela falta de apoio oficial, de material, de recursos humanos, de estrutura física, dentre outros, merece ser combatida, cabendo aos entes a que ligados os conselhos fornecer todo o suporte imprescindível à atuação efetiva desses entes.

**(i) Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente**

Os Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente são previstos no artigo 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

*“Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;”*

Esses conselhos tem função deliberativa e controladora da política de atendimento a crianças e adolescentes. Isso significa que são responsáveis pela **definição** das políticas públicas da área, pela **requisição de recursos orçamentários** para execução dessas políticas públicas e pela **fiscalização da implementação** destas últimas. O poder dos conselhos de direitos na área da infância e juventude é tão amplo que a jurisprudência entende ser o ente público a que se liga o conselho **compelido** a adotar as políticas por este delineadas, reservando os recursos orçamentários necessários, mormente em face do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta. A não destinação de receitas públicas para os programas apoiados pelo Conselho ou a implementação equivocada desses programas é fiscalizada e representa uma forma de controle social muito relevante.

**(ii) Conselhos de Saúde**

Segundo o art. 1º, §2º, da Lei n.º 8.142/1990,

*“§ 2° O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.”*

Assim como no caso da infância e da juventude, os Conselhos de Saúde, nas esferas municipal, estadual e federal, têm competência para fiscalizar a aplicação dos recursos destinados à área. No entanto, suas decisões ficam sujeitas à homologação do Poder Executivo, o que não ocorre no âmbito do ECA, revelando-se, assim, uma forma de participação menos autônoma nesse caso da saúde pública.

**(iii) Conselhos de Assistência Social**

O sistema único de assistência social (SUAS) tem como instâncias deliberativas, de caráter permanente e composição paritária entre o governo e a sociedade civil, o Conselho Nacional de Assistência Social, os Conselhos Estaduais de Assistência Social e os Conselhos Municipais de Assistência Social, além do Conselho de Assistência Social do Distrito Federal (art. 16, Lei 8.742/1993). No âmbito dos Estados e Municípios, compete a esses conselhos acompanhar a execução da política de assistência social e **apreciar e aprovar a proposta orçamentária**, em consonância com as diretrizes das conferências nacionais, estaduais, distrital e municipais, de acordo com seu âmbito de atuação (art. 17, §4º, Lei 8.742/1993). Para isso, contam com o apoio do ente federativo a que se vinculam, eis que obrigados estes a prover toda a infraestrutura necessária ao funcionamento do órgão, garantindo recursos materiais, humanos e financeiros, inclusive com despesas referentes a passagens e diárias de conselheiros representantes do governo ou da sociedade civil, quando estiverem no exercício de suas atribuições (art. 16, parágrafo único, Lei 8.742/1993).

Além desses três conselhos, citados a título exemplificativo, existem outros, com atribuições específicas em suas respectivas áreas, como o Conselho de Controle Social do Bolsa Família, o Conselho de Alimentação Escolar e o Conselho do Fundef. O ponto comum entre todos esses espaços é a possibilidade de fiscalizar a execução do orçamento público em suas searas específicas, com participação ativa da população.

**4. Orçamento participativo**

O orçamento participativo, na verdade, é um instrumento de renovação e complementação da democracia representativa, na medida em que permite à população demonstrar quais são as suas prioridades em termos de obras e serviços, normalmente a serem realizados com recursos da Prefeitura. Além do estímulo à participação, em si, por meio de votação, do direito de audiência, de debates e discussões sobre as possibilidades de gastos, o orçamento participativo estimula a construção de um pensamento sobre o bem comum, suplantando preocupações meramente individuais e promovendo a corresponsabilização de governo e sociedade pelas escolhas tecidas.

Evidentemente, a população, ao participar diretamente da gestão do dinheiro público, adquire, também, o direito de fiscalizar a utilização desse dinheiro na forma como convencionada pelo munícipes. O controle social no âmbito do orçamento participativo, portanto, é prévio e posterior, pois primeiro são identificadas as destinações das verbas e, em seguida, há fiscalização quanto à efetiva alocação de recursos para essas destinações.

**5. Ação popular**

Um último instrumento de controle social a merecer citação, disponível para todo e qualquer cidadão, é a ação popular, remédio constitucional destinado *“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”.*

O controle de **legalidade** do ato lesivo por meio da ação popular é mais do que evidente, sendo pressuposto mesmo da anulação desse ato. Mas, para além da legalidade, existem também os parâmetros da **eficiência** e da **economicidade**, como já visto. Portanto, mesmo uma despesa legalmente prevista na LDO ou na LOA poderá ser impugnada, se provada sua ineficiência – isto é, sua incapacidade de atingir seu objetivo – ou sua não economicidade – ou seja, a possibilidade de se atingir o mesmo resultado por meio menos gravoso para os cofres públicos.

**Controle jurisdicional do orçamento público**

**1. Controle concentrado de constitucionalidade do orçamento**

Veiculando-se o orçamento por meio de diplomas legislativos, uma forma de controle possível seria o controle de constitucionalidade, a ser utilizado nas ocasiões em que as leis orçamentárias desobedecessem aos dispositivos constitucionais sobre a matéria. A aceitação dessa forma de controle, porém, não foi sempre pacífica, tendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a reconhecido apenas nos anos mais recentes.

Gilmar Mendes, tratando do tema, menciona três momentos nítidos na evolução jurisprudencial do STF no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Esses três momentos equivaleriam à (i) rejeição, (ii) admissão excepcional e (iii) admissão.

Historicamente, a posição do STF foi sempre pela inadmissibilidade do controle de constitucionalidade abstrato das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), pois estas normas não se dotariam dos atributos de generalidade e abstração, cuidando-se, ao contrário, de leis com efeito concreto. As leis orçamentárias, na verdade, não seriam leis em sentido material, mas apenas em sentido formal, pela sua roupagem legislativa, fugindo, assim, àquela forma de controle de constitucionalidade (ADIs 2.133, de 2003, 2.100, de 2001, e 2.148, de 2004).

Para Gilmar Mendes, “o primeiro sinal significativo de mudança vem com a ADI 2.925. No caso, a orientação tradicional do STF é questionada diante de disposição contida em lei de diretrizes orçamentárias que, no tocante à destinação de recursos decorrentes de CIDE, permitia a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação prevista no art. 177, § 4º, da Constituição Federal. A decisão considerou que, embora contidas em diplomas orçamentários, os dispositivos questionados tinham os atributos de abstração e generalidade exigidos pelo STF e, portanto, seriam passíveis de análise em ADI”.

Essa virada não representou, porém, uma superação do entendimento anterior, visto que o controle não incidiu, no caso, sobre normas contábeis, de previsão de receita e autorização de despesa, e, sim, sobre uma norma contida em lei orçamentária, mas dotada de efeito genérico: permitia, genericamente, a abertura futura de crédito suplementar a ser custeado pelas receitas com a CIDE e destinado a fins estranhos a esta contribuição.

Assim, a mudança efetivamente vem com o julgamento de Medida Cautelar na ADI 4.048/DF, de 17/04/2008. A ação impugnava a Medida Provisória n.º 405/2007, convertida na Lei n. 11.658/2008, cujo objeto, dentre outros, era a abertura de crédito extraordinário em favor da Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo. Cuidava-se, portanto, de verdadeira autorização de despesa. Porém, tal autorização dava-se fora das hipóteses do artigo 167, §3º, da Constituição, que trata dos créditos extraordinários, o que motivou o deferimento da cautelar para suspender a vigência da referida Lei n. 11.658/2008. No julgamento, assentou-se que *“O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade”.*

Esse é o atual estágio da jurisprudência do STF, pelo que, hoje, se admite o controle orçamentário via ações diretas de inconstitucionalidade e semelhantes.

**2. Controle jurisdicional difuso: vias de contato com o controle social**

Além do controle de constitucionalidade das normas orçamentárias, é preciso ressaltar uma forma difusa de controle jurisdicional ligada à atuação dos conselhos gestores de políticas públicas.

Com efeito, nas hipóteses em que esses conselhos dotam-se de poderes deliberativos vinculativos, suas políticas públicas **devem** ser incluídas nos orçamentos dos entes federativos aos quais estão ligados. É o caso das políticas adotadas pelos conselhos de direitos das crianças e adolescentes, as quais são **imperativas** para os entes públicos, devendo receber a dotação orçamentária necessária.

Na hipótese de resistência do ente federativo à implementação das políticas objeto de deliberação, seja pela não inclusão no orçamento das verbas necessárias, seja, posteriormente, pela não execução dos programas, gastando-se o dinheiro em outros projetos, **cabe intervenção jurisdicional**, em especial promovida pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, para que seja resguardada a dotação obrigatória ou utilizada a verba pública nos limites de sua finalidade.

**ITEM C: Controle abstrato de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.**

Obras consultadas:

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

Uadi Lammêgo Bulos – Curso de Direito Constitucional – 2009 – Saraiva.

Resumo dos pontos – 25 concurso.

Comentário Contextual à Constituição – José Afonso da Silva – 2009 – Saraiva.

Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo – Kildare Gonçalves Carvalho – 2009 – Del Rey.

Cunha Júnior, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4ª Edição. Salvador: Juspodivum, 2010.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Remédios constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2010.

Lenza, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora RT, 2012.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Ações constitucionais. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

SARMENTO. Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamenal. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2002.

Legislação básica:

CF, Art. 102, §1º, Lei 9.882/1999,Lei nº 9.868/99.

**Controle abstrato de constitucionalidade: parte geral**

O controle abstrato de constitucionalidade foi idealizado por Hans Kelsen no início do século XX. Sua preocupação maior era dotar o sistema constitucional de um mecanismo de controle que assegurasse a supremacia da Constituição em face de leis posteriores com ela incompatíveis, leis estas que deveriam ser extirpadas do ordenamento jurídico, sob pena de derrogação implícita e não formalizada da Carta Magna.

Kelsen, porém, entendia que o exame da compatibilidade entre a Constituição e as leis não deveria ser entregue a todo e qualquer Magistrado, pelo que rejeitava o sistema de controle difuso consagrado nos Estados Unidos. A seu ver, era necessária a **concentração do poder de declaração da inconstitucionalidade** **em uma Corte especializada**, composta por juízes indicados pelos poderes políticos representativos e portadores de mandato fixo ou vitalício. Essa Corte não analisaria os casos concretos, mas, sim, a adequação, em tese e em abstrato, de normas infraconstitucionais ao texto da Constituição. Por isso, essa forma de controle idealizada por Kelsen é qualificada como **abstrata** (tutela o Direito Objetivo e a compatibilidade de normas inferiores com a Constituição, independentemente de casos concretos) e **concentrada** (empreendida por uma corte especializada).

O primeiro Estado a adotar o sistema kelseniano foi a Áustria, por meio de sua Constituição de 1920. Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, diversos Estados europeus adotaram o modelo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade.

Atualmente, existe uma tendência de aproximação entre os modelos concreto e abstrato, o que dá origem a formas diferenciadas de sistemas mistos. Em alguns casos, os próprios Magistrados responsáveis pelo julgamento de casos concretos, ao analisá-los, instigam a Corte Constitucional para que se pronuncie sobre uma possível inconstitucionalidade. Em outros, como no Brasil, há ações próprias, com legitimados específicos, criadas para discutir a constitucionalidade de atos normativos. Essas ações próprias – a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição por descumprimento de preceito fundamental – são os objetos específicos desse ponto 18c.

**Ação direta de inconstitucionalidade**

**(vide também item 18, b, Direito Processual Civil, Grupo III)**

A origem e evolução da ação direta de inconstitucionalidade confunde-se com a própria origem e evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.

A origem e evolução do controle de constitucionalidade já foi objeto de questão dissertativa na prova do MPF.

Com base no Curso de Direito constitucional de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco segue rápida síntese da origem e evolução do controle de constitucionalidade (p. 1131 e ss.):

**CONSTITUIÇÃO DE 1824:** não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, nº 8º e 9º). (aplicava-se a tese do Legiocentrismo). Igualmente, impediu a existência de um controle de constitucionalidade o Poder Moderador.

**CONSTITUIÇÃO DE 1891:** consolidação do modelo difuso por influência norte-americana – especialmente por causa de Rui Barbosa. O controle era por via de exceção ou incidental.

**CONSTITUIÇÃO DE 1934**: A Constituição de 1934 manteve o controle de constitucionalidade DIFUSO, mas trouxe **três inovações**: a) a REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA; b) a regra da RESERVA DE PLENÁRIO (quórum especial) para decretação da inconstitucionalidade pelos Tribunais; c) a competência do SENADO para SUSPENDER a EXECUÇÃO de lei declarada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

- obs. KILDARE – TAMBÉM O MS PODERIA CONTRASTAR ATO INCONSTITUCIONAL – ART. 113 – p. 396.

**CONSTITUIÇÃO DE 1937:** A Constituição de 1937, autoritária e centralista, **traduziu retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade**. Embora não tivesse modificado o CONTROLE DIFUSO, permitiu que, em sendo declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo ou ao interesse nacional, tal lei poderia ser novamente submetida ao Parlamento. Se este a confirmasse por dois terços dos membros de ambas as Casas, tornar-se-ia insubsistente a decisão do Tribunal. Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o CPC, de 1939, excluiu da apre­ciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

**CONSTITUIÇÃO DE 1946:** A Constituição Democrática de 1946 a) restaurou o sistema de 1934 e, **via EC nº 16/65, trouxe grandes inovações: b) instituiu o controle ABSTRATO, por meio da AÇÃO (ou representação) DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, contra lei em tese (estadual ou federal), conferindo unicamente ao PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA a legitimidade ativa, estendendo a competência ao STF**; c) estabeleceu o CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE pelos Tribunais de Justiça, competentes para julgar inconstitucionalidade de LEI MUNICIPAL perante a Constituição do ESTADO (pela EC 16/65); d) ainda, disciplinou a apreciação de recursos extraordinários por fundamento constitucional.

- Gilmar Mendes acerca da EC 16/45 - **A Emenda n. 16, de 1965, e o controle de constitu­cionalidade abstrato** - A Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República ressaltava que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos: “a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal); b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo”. “A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orien­tará o julgamento dos processos congêneres’. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.­ Já a prejudicial agora proposta, modalidade de avocatória, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízos das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, avocatória só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repute manifestamente infundada. Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito erga omnes de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto — expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno sucessivo alla publicazione della decisione’”. Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, k, passava a ter a seguinte redação: “**k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. ADOTAVA-SE O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO SEM ELIMINAR O CONTROLE DIFUSO.**

**CONSTITUIÇÃO DE 1967/EC 01/1969:** A Constituição de 1967 não modificou sensivelmente o sistema então existente. Apenas: a) ampliou a REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA, para também ‘prover à execução de lei federal’. A EC nº 1/69 previu: b) o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de INTERVENÇÃO ESTADUAL no MUNICÍPIO. A EC nº 7/77 introduziu: c) a representação de INTERPRETAÇÃO DE LEI/ATO NORMATIVO FEDERAL/ESTADUAL ao STF, único legitimado o Procurador-Geral da República, instituto descartado pela ordem seguinte. **A mesma Emenda consagrou: d) a possibilidade de o STF deferir MEDIDA CAUTELAR em representação de inconstitucionalidade** (com a EC 07/77). (Bulos - p. 123).

**CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**A Constituição de 1988 representa importante marco na evolução do controle de constitucionalidade, por haver inovado em numerosos aspectos. Problema que já se detectava muito antes dela era a posição desconfortável que assumia o Procurador-Geral da República ao ter de propor, como único legitimado, representações de inconstitucionalidade das quais discordava, o que o levava, ao final, como ‘custos legis’, a opinar pela sua improcedência**. Houve assim, a ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República.

**Isto posto, a CF 88**:

a) ampliou o ROL DE LEGITIMADOS à propositura da ADIn (art. 103), dando imensa relevância ao controle abstrato e concentrado perante o STF (efeitos ‘erga omnes’);

b) instituiu a possibilidade de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (art. 103, §2º);

c) manteve o sistema de controle difuso e por exceção (efeitos ‘inter partes’), com reserva de plenário nos tribunais e possibilidade de suspensão da lei impugnada, pelo Senado (efeitos ‘erga omnes’);

d) manteve a previsão da MEDIDA CAUTELAR em ADIn (art. 102, I, ‘p’; e ) **conferiu ao ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO ( não mais ao Procurador-Geral da República, face à cisão de suas atribuições ) o papel de defensor do ato normativo impugnado, deixando ao PGR a tarefa de ‘custos legis’;**

e) **por força da ECnº 3/93, instituiu a AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE** de lei/ato federal (efeitos vinculantes e ‘erga omnes’), de legitimidade igualmente plúrima (art. 103, §4º), impondo natureza ambivalente ao controle concentrado de constitucionalidade;

f) **estabeleceu a ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** perante o STF, que se destina a um controle amplo dos atos do Poder Público, embora subsidiário às demais formas, nos termos da Lei 9882/1999. A ADPF ESTAVA PREVISTA DESDE O TEXTO ORIGINÁRIO DA CF/88 – NÃO FOI INTRODUZIDA PELA EC 03/93, QUE APENAS ALTEROU DE PARÁGRAFO ÚNICO PARA §1º.

**OBS. BULOS - ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, A COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ORDINÁRIA (de titularidade dos juízes) FOI, DE CERTA FORMA, ATENUADA, MAS NÃO EXTINTA;**

**ASSIM:**

**CF - 1891 – SURGE O CONTROLE DIFUSO OU POR VIA DE EXCEÇÃO;**

**EC 16/65 – SURGE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.**

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**A – *Erga omnes* – eficácia contra todos**

**B – *Ex tunc* (princípio da nulidade) – salvo exceções**

Aqui há também a situação do efeito repristinatório da decisão. Não se trata de repristinação, pois, diante da nulidade da lei inconstitucional, a lei revogada (chamemo-la de L1) sempre esteve em vigor, não tendo sido revogada em momento algum. Além disso, a repristinação pressupõe o surgimento de uma nova lei (chamemo-la de L3) que, revogando a primeira lei revogadora (chamemo-la de L2) restaure a validade da lei L1.

Portanto, na repristinação, a força normativa de L1, após revogada por L2, decorre de L3 e, não, de si mesma. No caso de inconstitucionalidade de L2, L1 nunca foi revogada, pois L2 não produziu efeitos. Logo, L1 encontra sua força normativa em si mesma, não necessitando da intermediação de L3 para valer.

No campo dos efeitos, pode ocorrer a chamada **modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da Lei nº 9.868/99)**. Os Ministros podem, diante de um caso concreto em que haja razões de **segurança jurídica ou que acarrete excepcional interesse social**, modular os efeitos da decisão do Supremo, de forma a que ela tenha efeitos *ex nunc*. Esta técnica flexibiliza o princípio da nulidade, aproximando-o da teoria da anulabilidade. O quorum para decidir pelo efeito *ex nunc* é 2/3 dos Ministros (8). Exs: atos praticados por servidor que não era oficial de justiça. A lei que previa isso foi considerada inconstitucional. Como ficam os atos já praticados? O STF achou melhor não anulá-los, dando efeitos *ex nunc* à sua decisão. 2 – Aumento do subsídio de magistrados que o receberam de boa-fé. Lei declarada inconstitucional *ex nunc*.

**C – Efeito vinculante**

Em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (102, §2º). O efeito vinculante surge com a EC nº 03/93, para a ADC. Até a EC45, não havia previsão constitucional de efeito vinculante para a ADI. A Lei nº 9.868/99 previu, no art. 28, parágrafo único, efeito vinculante para a decisão em sede de ADI. Questionou-se a constitucionalidade desse dispositivo (Questão de Ordem no Agravo Regimental da RCL nº 1880). O Supremo entendeu constitucional a Lei nº 9.868/99 e ressaltou a similitude substancial de objetos entre a ADC e a ADI.

Vai além da parte dispositiva, abrangendo os **fundamentos determinantes da decisão**. Em geral, os autores entendem que o fundamento determinante é aquele que não pode ser modificado sem alteração da parte dispositiva. É a *ratio decidendi* – elemento básico da decisão. Distingue-se do *obter dictum*.

A lógica que inspira o efeito vinculante é a de reforço da posição da corte constitucional. Assim, a corte formula uma regra geral (contida nos fundamentos determinantes) que não pode ser descumprida. Assim, fixa-se um modelo, cujo descumprimento enseja a reclamação.

**MEDIDA CAUTELAR**

Suspende o ato impugnado, com efeito vinculante, podendo até restabelecer o direito anterior. Tem eficácia *ex nunc,* salvo disposição em sentido contrário. Em caso de rejeição de liminar, não há efeito vinculante, em regra.

**Inconstitucionalidade por omissão**

*Inconstitucionalidade por omissão:* Seu controle é novidade da CF/88. Pressupõe a inobservância de dever constitucional de legislar, que pode resultar tanto de comandos explícitos quanto de implícitos. Objetiva combater a “*Síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.*

***ADI por omissão****:*

O art. 103, §2º da CF/88 estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. A ADI por omissão busca tornar efetiva a norma constitucional destituída de efetividade, ou seja**, somente as normas constitucionais de eficácia limitada**.

**Omissão total**: legislador não empreende a providência legislativa reclamada.

**Omissão parcial**: ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. Pode ser:

1. parcial propriamente dita: **a lei existe mas regula de forma deficiente a matéria.**
2. parcial relativa: **surge quando a lei existe e outorga determinado benefício a certa categoria mas deixa de concedê-lo a outra, que deveria ter sido contemplada. Nesse caso, tem prevalecido o conteúdo da súmula 339/STF: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.**

**- objeto:** omissão é de cunho normativo (mais ampla que legislativo), **englobando, além do Poder Legislativo, atos do Executivo e o Judiciário**. ADI 1836: ação é extinta por perda do objeto se revogada a norma que necessite de regulamentação. STF entende que não há omissão se o processo legislativo já se iniciou (ADI 2495). No entanto, caso haja mora excessiva neste processo, pode haver inconstitucionalidade (ADI 3682).

Não cabe fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, tendo em vista a diversidade de pedidos (STF, MI 395-QO)

**- Competência**: STF (art.102, I, “a”).

**- Legitimidade (Art. 12-A da Lei 9.868/99):** os mesmos da ADI (rol do art.103 da CF).

- Procedimento (art.12-E): aplicação subsidiária das normas relativas à ADI, com as exceções previstas nos §§ do próprio art.12-E.

**- Cautelar (art.12-F):** pode ser suspensão da aplicação da lei ou ato normativo questionado (omissão parcial), bem como suspensão de processos judiciais/procedimentos administrativos, ou ainda outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

**- Decisão:** tem caráter mandamental (*Anordnungsklagerecht)*

a) Poder competente: é dada ciência, sem prazo. STF tem acenado com a possibilidade de fixação de prazo: ADI 3682: fixou prazo de 18 meses para elaboração da lei, foi chamado de “parâmetro temporal razoável”, com expressa ressalva de que não se tratava de imposição de prazo para atuação legislativa do CN.

b) órgão administrativo: deve atender no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, ou em outro prazo estipulado pelo Tribunal em casos excepcionais (art.12-H).

**Fungibilidade entre ação de inconstitucionalidade por ação e por omissão**: Embora não se confundam as modalidades de ação direta, uma distinção clara entre elas não está livre de dificuldades. O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura afronta à Constituição. Dessa forma, o STF admitiu a fungibilidade (ADI 875).

***Mandado de Injunção****:* ação constitucional de natureza civil e procedimento especial, que visa viabilizar o exercício de direitos, liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania, que estão inviabilizados por falta de norma regulamentadora de normas constitucionais. Quanto ao antecedente histórico há divergência na doutrina, alguns apontam o *writ of injuction* do direito estadunidense, outros institutos do ordenamento português.

Constitui ação especial de **controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público**, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental (Cunha Júnior, pág. 810).

Divergência doutrinária: quais direitos tutelados pelo mandado de injunção? Manoel Gonçalves Ferreira Filho: apenas direitos políticos e ligados à nacionalidade (excluindo os direitos sociais). Celso Ribeiro Bastos, J.J Calmon de Passos: direitos fundamentais do título II da CF. Barroso, José Afonso da Silva, Dirley da Cunha Jr.: o MI abrange todos os direitos fundamentais, sejam individuais, coletivos, difusos e sociais, encontrem-se inseridos ou não no Título II da CF.

**Requisitos**: falta de norma regulamentadora de norma constitucional **de eficácia limitada** e inviabilização do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição devido à inércia do legislador (nexo de causalidade – STF, MI 708).

Não basta para a descaracterização da inércia a mera apresentação do projeto de lei, sendo necessária a sua devida deliberação. Assim, a *inertia deliberandi* (demora na deliberação sobre projeto de lei que visa regulamentar norma constitucional de eficácia limitada) - numa mudança de entendimento do STF (MI 361)- passou a ser considerada para efeitos de cabimento de MI.

**Não cabe mandado de injunção:**

a) para buscar uma “melhor interpretação” (ou uma “interpretação mais justa”) da norma regulamentadora já existente. Com efeito, se existente norma regulamentadora não cabe MI, pouco importando se insatisfatória ou inconstitucional, pois tal situação não seria comparável à ausência de norma regulamentadora (STF, MI 60-3, 254);

b) em caso de falta de regulamentação de norma infraconstitucional;

c) também não cabe MI para disciplinar relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei, em virtude de recusa ou omissão do Congresso Nacional (STF, MI 415);

d) para implementação de isonomia de vencimentos entre servidores públicos (STF, MI 347);

e) se ainda não expirado o prazo fixado na Constituição para edição da norma regulamentadora (STF, MI 60-3).

**Legitimidade ativa:** qualquer pessoa. STF admite ajuizamento de MI coletivo (MI 361-RJ). O MP também possui legitimidade ativa para impetração de MI: art. 129, II da CF e art.6º da LC 75/93, nos casos que envolvem direitos difusos e coletivos previstos na Constituição e inviabilizados pela falta de norma regulamentadora. Pessoa de direito público: o STF parece ter superado o entendimento anterior pela ilegitimidade ativa da PJ de direito público para impetração de MI (STF, MI 725).

**Legitimidade passiva:** órgãos e entidades públicas encarregadas da viabilização (normativa) de direitos previstos na CF. Para o STF as entidades privados que estiverem sendo beneficiados pela falta de regulamentação não possuem legitimidade *ad causam* passiva, pois não estão obrigados a editar a regulamentação respectiva e não poderiam, nem mesmo, como atuar como listisconsorte passivo (STF, MI 352).

**Competência:** depende e quem é competente para editar a norma. STF - Arts. 102, I, “q”, e 102, II, “a”, da CF; STJ; art.105, I, “h”; TSE 121, §4, V.

**Procedimento**: por falta de lei prevendo procedimento específico, **adota-se o procedimento do mandado de segurança** (art. 24, par. único, Lei nº 8.038/90). No entanto, apesar ser cabível liminar em MS, o STF reiteradamente já decidiu que **não caberá concessão de medida liminar no mandado de injunção** (STF, MI 342; 530; 535; 536). Também entende o Pretório Excelso ser **incabível a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa** (STF, MI 689).

Havendo admissibilidade, o legitimado passivo terá dez dias para prestar informações. Após, o MP terá dez dias para opinar (atuando como *custus legis*). Com ou sem o parecer do MP, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em trinta dias (art. 12, Lei nº 12.016/09).

**Da decisão dos TJ ou TRFs, denegatórias ou concessivas de MI, cabe recurso especial ao STJ (e não recurso ordinário constitucional, como se dá em relação à decisão denegatória em MS e HC – art. 105, II, CF).** O manejo equivocado do recurso, nesse caso, implica em erro grosseiro e afasta a aplicação do princípio da fungibilidade (STJ, Pet.192-0)

**Efeitos da decisão**:

a) tese não concretista: apenas decreta a mora do Poder omisso.

b) concretista individual intermediária: fixa um prazo para o Legislativo suprir a omissão, findo este prazo sem o saneamento passa o autor a ter assegurado o seu direito.

c) concretista individual direta: implementa o direito apenas para o autor da ação.

d) concretista geral: decisão com efeitos *erga omnes* até que sobrevenha a norma. O STF adotou nos primeiros julgamentos a posição não concretista, atualmente tem adotado a posição concretista geral (MI 670, 708 e 712). A colmatação será limitada temporalmente até a atuação do legislador.

 A omissão pode ser suprida mediante a adoção do próprio texto da norma constitucional, como se fosse auto aplicável, em caso de não observância do prazo judicial determinado para legislar; por meio de outra lei que regule situação similar e, até mesmo, por soluções normativo-judiciais criadas no caso concreto (STF, MI232; 284; 543; 679; 562).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Ação de inconstitucionalidade por omissão** | **Mandado de injunção** |
| **Legitimidade ativa** | Art. 103, CF | Qualquer pessoa física, jurídica ou até mesmo associações ou coletividades na figura do MI coletivo aceito jurisprudencialmente. |
| **Quanto à competência** | Controle concentrado | Controle difuso |
| **Procedimento** | Lei 12.063/09 (alterações na Lei 9868/99) | Lei 12.016/09 |
| **Liminar** | Cabível (art. 12-F, Lei 9868/99) | Não cabe |
| **Nexo de causalidade** | Não exige interesse de agir dos legitimados ativos universais, mas apenas dos legitimados ativos não universais (especiais) | Exige a demonstração de nexo de causalidade, ou seja, de interesse de agir do impetrante, seja ele qual for (pessoa física, pessoa jurídica, etc). |
| **Espécie de processo** | Objetivo | Subjetivo |
| **Parâmetro** | Norma constitucional de eficácia limitada | Norma constitucional de eficácia limitada |
| **Efeitos da decisão de mérito** | *Erga omnes*. Dá-se ciência ao poder competente e, tratando-se de órgão administrativo, impõe-se prazo de 30 dias para editar a norma. | *Inter partes*. Porém, à luz dos Mis 670, 708, 712 conferiu-se efeitos *erga omnes*, adotando-se a corrente concretista geral. |

**Ação Declaratória de Constitucionalidade**

**(vide também item 18, b, Direito Processual Civil, Grupo III)**

1) **Antecedentes históricos**: Desde a Constituição de Weimar e, posteriormente, a Lei Fundamental de Bonn, reconhece-se a dupla função do controle abstrato de normas, como instrumento (i) de defesa da Constituição, permitindo eliminar normas inconstitucionais, e (ii) de manutenção da segurança jurídica, quando extingue dúvidas sobre a higidez da situação jurídica. No Brasil, a discussão sobre a natureza dúplice do controle abstrato tem seus primórdios na representação interventiva instituída pela CF/34 e aperfeiçoada pela CF/46, em que se permitia ao PGR arguir a inconstitucionalidade do ato estadual, se dela tivesse convencido, ou encaminhar junto ao pedido de arguição um parecer no qual opinava pela constitucionalidade do ato. Com o advento da EC 16/65, que introduziu o controle de constitucionalidade abstrato em sede constitucional, embora se tenha positivado no Reg. Interno do STF a possibilidade de o PGR encaminhar parecer contrário junto com a representação de inconstitucionalidade, mantiveram-se as controvérsias sobre o caráter ambivalente do controle, que somente se solucionaram com a introdução da ADC na CF/88 pela EC 3/93.

2) **Objeto**: Mesmo paradigma da ADI. Lei ou ato normativo federal, que abrange, além das espécies normativas do art. 59 da CF, resoluções de tribunais, do CNJ e do CNMP, atos do Poder Executivo com força normativa e tratados internacionais, desde que ligados diretamente à Constituição. A norma deve ter sido produzida posteriormente ao parâmetro constitucional invocado. Apesar de a ADC ter sido criada por emenda, em 17/03/93, o STF admite como objeto leis e atos normativos anteriores à EC 3/93. Exige-se que o ato normativo esteja em vigor no momento da propositura da ação. Excluem-se da ADC perante o STF: normas constitucionais originárias; atos normativos secundários; leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva do STF, cuja eficácia tenha sido suspensa pelo Senado (CF, art. 52, X); leis ou atos normativos revogados; leis temporárias após o término de sua vigência; medida provisória revogada, havida por prejudicada ou não convertida em lei; as leis e atos normativos estaduais e municipais, que poderão, contudo, ser objeto de ADC no âmbito do TJ, desde que exista previsão na respectiva CE.

3) **Parâmetro de controle**: Semelhante à ADI. Alcança todo o bloco de constitucionalidade, abrangendo as regras e os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, assim como as disposições materialmente constitucionais alheias ao texto constitucional, valendo ressaltar os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do art. 5º, §3º. Podem ser invocadas como parâmetro tanto as normas do texto permanente quanto as transitórias (ADCT) cuja eficácia não esteja exaurida, desde que vigentes.

4) **Características**: processo objetivo, unilateral, não contraditório, sem partes, no qual há um requerente, porém, inexiste requerido. Esse caráter objetivo repercute nas regras procedimentais: o requerente não pode desistir da ação proposta; a *causa petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas as normas que integram a CF; não se admite intervenção de terceiros*;* as decisões são irrecorríveis, salvo os embargos de declaração e o agravo contra decisão do relator; é incabível ação rescisória, exceção de suspeição e de impedimento (ADI 2321); não há prazo prescricional ou decadencial.

5) **Legitimados**: originariamente (EC n. 3/93), eram legitimados apenas o Pres. da República, as Mesas do Senado e da Câmara e o PGR. A EC n. 45/04 estendeu a legitimidade aos legitimados para propor ADI (CF, art. 103). O STF, contudo, estabeleceu o vínculo de pertinência temática com seus objetivos institucionais como critério de verificação da representatividade adequada das confederações sindicais, entidades de classe de âmbito nacional, Mesas de Assembléias Legislativas ou da Câmara Legislativa do DF, Governadores dos Estados ou do DF. O partido político deve ter pelo menos um representante no Congresso Nacional; a organização sindical que congregue, pelo menos, três federações representativas da categoria atingida pela norma impugnada; a entidade de classe de âmbito nacional que congregue integrantes de categoria econômica/profissional represente toda essa categoria e conte com associados em, no mínimo, 9 Estados. Vale destacar: os requisitos da legitimidade devem ser aferidos no momento da propositura da ação; a legitimidade do Pres. da República independe do exercício de seu poder de veto; partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe devem estar acompanhados por advogado com poderes específicos (os demais possuem capacidade postulatória); admite-se a legitimidade das associações de associações (ADI-AgR 3153).

6) **Procedimento**: a petição inicial deve ser apresentada em duas vias, trazendo cópia do ato normativo questionado e dos documentos comprobatórios do pedido. Em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a ADC tem como pressuposto de admissibilidade a legitimação para agir *in concreto* (assim denominado por G. MENDES)*,* consistente na existência de um **estado de incerteza** (não basta simples controvérsia doutrinária), gerado por dúvidas ou controvérsias relevantes sobre a legitimidade da lei, que ponham em risco aquela presunção (entendimento jurisprudencial positivado no art. 14, III, da Lei 9.868/99). Verificada a admissibilidade da ação, o relator, após o julgamento do pedido cautelar, se houver, determina a audiência do PGR, sendo dispensada a manifestação do AGU. Emitido o parecer ministerial, o relator poderá apresentar relatório com cópia a todos os ministros e pedir dia para julgamento. Embora tenham sido vetadas as disposições que previam a participação de *amicus curiae* na ADC, dado o seu caráter ambivalente, é de se lhe aplicar o disposto no art. 7º, § 2º, da Lei 9.869, que admite, na ADI, a manifestação de *amici curiae,* inclusive por sustentação oral, considerada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. É majoritário o entendimento de que descabe a intervenção de co-legitimado, mesmo como assistente litisconsorcial. O relator pode solicitar informações a Tribunais sobre a aplicação da norma no âmbito de sua jurisdição, designar peritos e ouvir depoimentos. O julgamento exige *quorum* de deliberação de, pelo menos, oito ministros (desnecessário que seja atingido numa mesma sessão), sendo proclamada a constitucionalidade com votação de seis deles.

7) **Medida Cautelar**: objetiva paralisar, em instâncias inferiores, o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo questionado até o julgamento da ADC.

8) **Efeitos**: são em regra *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes quanto aos atos dos órgãos judiciários (exceto STF[[11]](#footnote-10)), da Adm. Pública direta e indireta dos entes federados, mas não o Legislativo (ou o exercício da função legislativa atípica pelo Executivo). É possível que o STF restrinja os efeitos temporais da decisão, fixando outro termo a partir do qual será eficaz, desde que haja deliberação de no mínimo 2/3 de seus membros e seja fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (modulação temporal). A eficácia vinculante abrange a parte dispositiva da decisão e os fundamentos determinantes do julgado (transcendência dos motivos determinantes). Nos processos judiciais que estiverem em curso, seja na instância ordinária ou extraordinária, caberá ao órgão jurisdicional considerar a decisão proferida pelo STF no momento de julgar (arts. 462, 475-L, §1º, 741, par. único, do CPC). A inobservância pelos magistrados, bem como pela Administração, da diretriz firmada em controle abstrato de normas enseja a propositura de reclamação constitucional por qualquer sujeito atingido.

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental**

**Obs.: (vide também item 8, c, Direito Processual Civil, Grupo III)**

**ADPF.** Mesmo com as mudanças ocorridas a partir de 1988, que reforçaram o controle concentrado em detrimento do difuso em virtude da criação da ADC e da ampliação do rol de legitimados das ações de controle abstrato, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso, diante das matérias insuscetíveis de exame no controle abstrato (direito pré-constitucional, normas revogadas, direito municipal em face da CF). É exatamente nesse espaço, responsável pela repetição de processos e consequente demora na definição de controvérsias constitucionais relevantes, pois apenas poderiam ser levadas ao STF através de RE, que se inseriu a ADPF, prevista no art. 102, §1º, da CF e regulamentada pela Lei 9.882/99. **Modalidades:** A doutrina reconhece a existência de duas modalidades de ADPF, ambas propostas perante o STF: (i) autônoma: processo de natureza objetiva, que visa a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, representando típica modalidade de jurisdição constitucional abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto; (ii) incidental[[12]](#footnote-11): processo de natureza objetivo-subjetiva, que pressupõe a existência de uma lide intersubjetiva, na qual tenha surgido controvérsia constitucional relevante sobre a aplicação da lei ou do ato do Poder Público questionado em face de algum preceito fundamental. **Subsidiariedade**: “O art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99 instituiu o “princípio da subsidiariedade” da ADPF, fonte de acirrada controvérsia[[13]](#footnote-12). Contudo, quando se trata de ADPF autônoma, parece fora de dúvida que o juízo sobre o atendimento do princípio em questão deve ter em vista a existência de outros processos objetivos de fiscalização de constitucionalidade, que possam corrigir de maneira adequada a lesão a preceito fundamental[[14]](#footnote-13)”. **Objeto**: qualquer ato ou omissão do Poder Público[[15]](#footnote-14), seja normativo ou não normativo[[16]](#footnote-15); abstrato ou concreto; anterior ou posterior à CF; federal, estadual ou municipal; proveniente de qualquer órgão ou entidade do Legislativo, Executivo ou Judiciário (não imunizado pela coisa julgada); mesmo o já revogado ou cujos efeitos se tenham exaurido. **Parâmetro de controle**: sem embargo do postulado da unidade da Constituição, pelo qual não se cogita hierarquia entre as normas constitucionais, os preceitos fundamentais devem ser identificados a partir da compreensão da CF como uma ordem de valores (hierarquia axiológica), por meio da qual se pode vislumbrar as normas mais relevantes da Constituição, ligadas aos valores supremos do Estado e da sociedade. Apesar de ser difícil indicá-los *a priori*, há certo consenso quanto aos princípios fundamentais (CF, arts. 1º a 4º); aos direitos e garantias fundamentais; às cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º); aos princípios sensíveis (CF, art. 34, VII) (MENDES, 2010, p. 1333-6). **Legitimados**: os mesmos da ADI (ver resumo ADI/ADC). A versão aprovada pelo Congresso, atenta à modalidade incidental, que visa justamente à abertura da jurisdição constitucional aos cidadãos, admitia a legitimidade de qualquer indivíduo afetado por ato do Poder Público, mas o dispositivo foi vetado, fazendo com que a argüição incidental perdesse aplicabilidade[[17]](#footnote-16). **Procedimento**: A petição inicial deve conter a indicação do preceito fundamental violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação e o pedido com suas especificações. Cuidando-se de argüição incidental, exige-se ainda a comprovação da controvérsia judicial relevante sobre o preceito fundamental. Admitida a argüição e examinado o pedido de liminar, se houver, o relator poderá ouvir as autoridades responsáveis pelo ato questionado, possibilitar a audiência das partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito e determinar audiências públicas com *experts*. Os *amici curiae* podem apresentar manifestação escrita e fazer sustentação oral. O relator lançará relatório, com cópia para todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. Na ADPF incidental, operar-se-á uma “cisão” entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas no caso concreto, subindo para apreciação do STF apenas a primeira delas, pois remanesce a competência dos órgãos judiciários ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida (CUNHA JR., 2011, p. 610). **Medida cautelar**: A concessão opera efeitos *ex nunc*, salvo quando o STF entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Pode visar à suspensão do ato impugnado, do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais ou de qualquer medida relacionada com a matéria discutida. A concessão de liminar depende de decisão da maioria absoluta dos membros do STF, ressalvados os casos de extrema urgência, de perigo de lesão grave ou de período de recesso, em que pode ser concedida pelo relator *ad referendum* do Pleno. **Decisão definitiva**: depende da presença de 8 ministros, com voto de pelo menos 6 deles. Exige-se que o STF independentemente de julgar procedente ou improcedente a argüição, fixe as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Os efeitos da decisão são *ex tunc* (passíveis de modulação - art. 11), *erga omnes* e vinculantes, alcançando “os demais órgãos do Poder Público”, o que torna a decisão em ADPF mais ampla que a proferida em ADI ou ADC, sendo cabível reclamação nos casos de descumprimento.

**PALAVRAS-CHAVE**: AUTÔNOMA/INCIDENTAL; LESÃO/CONTROVÉRSIA: HIERARQUIA AXIOLÓGICA; SUBSIDIARIEDADE.

**Controle Concentrado no STF – Retrospectiva 2013**

**\* Ações diretas de inconstitucionalidade: julgados de 2013**

(Em negrito, os mais interessantes; excluídos aqueles sem qualquer relevância)

|  |  |
| --- | --- |
| ADI 4040/DF – DJ 19/06/2013 | “2. Impossibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo de efeito concreto. O Decreto n. 6.161/2007, alterado pelo Decreto n. 6.267/2007 não se dota das características de abstração e generalidade para ser processado e julgado pela via eleita. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” |
| ADI 1521/RS – DJ 19/06/2013 | “II - A extinção de cargos públicos, sejam eles efetivos ou em comissão, pressupõe lei específica, dispondo quantos e quais cargos serão extintos, não podendo ocorrer por meio de norma genérica inserida na Constituição. III - Incabível, por emenda constitucional, nos Estados-membros, que o Poder Legislativo disponha sobre espécie reservada à iniciativa privativa dos demais Poderes da República, sob pena de afronta ao art. 61 da Lei Maior. Precedentes.” |
| **ADI 3745/GO – DJ 15/05/2013** | “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13. 2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República, tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no caput do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal. 4. Ação julgada procedente.” |
| **ADI 2818/RJ – DJ 09/05/2013** | “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.874, de 24 de junho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, a qual disciplina a comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Inconstitucionalidade formal. Inexistência. Competência concorrente dos estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre normas de defesa do consumidor. Improcedência do pedido. (...) 2. As normas em questão não disciplinam matéria atinente ao direito de marcas e patentes ou à propriedade intelectual – matéria disciplinada pela Lei federal nº 9.279 -, limitando-se a normatizar acerca da proteção dos consumidores no tocante ao uso de recipientes, vasilhames ou embalagens reutilizáveis (...). 3. (...) prevê o art. 24 da Carta de 1988, (...) duas situações em que compete ao estado-membro legislar: (a) quando a União não o faz e, assim, o ente federado, ao regulamentar uma das matérias do art. 24, não encontra limites na norma federal geral – que é o caso ora em análise; e (b) quando a União edita norma geral sobre o tema, a ser observada em todo território nacional, cabendo ao estado a respectiva suplementação, a fim de adequar as prescrições às suas particularidades locais. 4. Não havendo norma geral da União regulando a matéria, os estados-membros estão autorizados a legislar supletivamente no caso, como o fizeram os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, até que sobrevenha disposição geral por parte da União. 5. Ação direta julgada improcedente.” |
| **ADI 1663 AgR-AgR / AL – DJ 24/04/2013** | “EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade recursal do Estado-membro nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Agravo não provido. 1. (...) **a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, não se conferindo ao ente político a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas pela Corte em sede de ação direta,** seja de modo singular (...) seja colegiadamente (...). A jurisprudência da Corte não merece qualquer tipo de revisão, uma vez que espelha a decorrência lógica da previsão, em rol taxativo, dos legitimados a provocar o processo objetivo de controle de constitucionalidade e a nele atuar como partes (CF, art. 103)..” |
| ADI 2137/RJ – DJ 11/04/2013 | “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.279/99 do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o cancelamento de multas de trânsito anotadas em rodovias estaduais em certo período relativas a determinada espécie de veículo. Inconstitucionalidade formal. Violação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte. (...) 3. O cancelamento de toda e qualquer infração é anistia, não podendo ser confundido com o poder administrativo de anular penalidades irregularmente impostas, o qual pressupõe exame individualizado. Somente a própria União pode anistiar ou perdoar as multas aplicadas pelos órgãos responsáveis, restando patente a invasão da competência privativa da União no caso em questão. 4. Ação direita de inconstitucionalidade julgada procedente.” |
| ADI 2960/RS - DJ | “1. Inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.521/95 do Estado do Rio Grande do Sul, a qual dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança e proíbe os menores de 10 (dez) anos de viajar nos bancos dianteiros dos veículos que menciona. 2. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte, consoante disposto no art. 22, inciso IX, da Constituição Federal. (...). 3. Ação direita de inconstitucionalidade julgada procedente.” |
| ADI 3708 / MT – DJ 11/04/2013 | “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.027, de 16 de dezembro de 2003 e do Decreto nº 3.404, de 30 de junho de 2004, ambos do Estado do Mato Grosso. Parcelamento de multa de trânsito. Inconstitucionalidade formal. Violação de competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF). Procedência da ação. (...) 2. A questão já está pacificada na Corte, sendo múltiplos os precedentes em que se firma a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade de lei estadual que verse sobre parcelamento de multas de trânsito, por usurpação de competência legislativa privativa da União (art. 22, XI, CF). (...) 3. Ação direta julgada procedente.” |
| **ADI 2198/PB – DJ 11/04/2013** | “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal nº 9.755/98. Autorização para que o Tribunal de Contas da União crie sítio eletrônico denominado Contas Públicas para a divulgação de dados tributários e financeiros dos entes federados. Violação do princípio federativo. Não ocorrência. Prestígio do princípio da publicidade. Improcedência da ação. 1. O sítio eletrônico gerenciado pelo Tribunal de Contas da União tem o escopo de reunir as informações tributárias e financeiras dos diversos entes da federação em um único portal, a fim de facilitar o acesso dessas informações pelo público. Os documentos elencados no art. 1º da legislação já são de publicação obrigatória nos veículos oficiais de imprensa dos diversos entes federados. A norma não cria nenhum ônus novo aos entes federativos na seara das finanças públicas, bem como não há em seu texto nenhum tipo de penalidade por descumprimento semelhante àquelas relativas às hipóteses de intervenção federal ou estadual previstas na Constituição Federal, ou, ainda, às sanções estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. Ausência de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 163, inciso I, da Constituição Federal, o qual exige a edição de lei complementar para a regulação de matéria de finanças públicas. Trata-se de norma geral voltada à publicidade das contas públicas, inserindo-se na esfera de abrangência do direito financeiro, sobre o qual compete à União legislar concorrentemente, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal. 3. A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo, assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88). 4. Ação julgada improcedente” |
| **ADI 2340 / SC – DJ 06/03/2013** | “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA O SEU FORNECIMENTO POR MEIO DE CAMINHÕES-PIPA, POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DA QUAL O ESTADO DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO. DIPLOMA LEGAL QUE TAMBÉM ESTABELECE ISENÇÃO TARIFÁRIA EM FAVOR DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS. INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS, PELO ESTADO-MEMBRO. INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE O PODER CONCEDENTE E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele. II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água. III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” |
| **ADI 1842/RJ – DJ 06/03/2013**Sobre a inconstitucionalidade de lei que cria região metropolitana no Rio de Janeiro e transfere ao Estado a qualidade de poder concedente de serviços públicos de saneamento básico | “(...) A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. **O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF** (...). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.(...) A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (...) O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado**. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente.” |
| ADI 4907/MC DF - DJ | “Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 14.150, de 20/12/2012, do Estado do Rio Grande do Sul. Vedação da cobrança de assinatura básica pelas concessionárias de telefonias fixa e móvel. Serviço público de telecomunicações. Invasão da competência legislativa privativa da União. Violação dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. Precedentes. Medida cautelar deferida. (...)” |

**\* Ações declaratórias de constitucionalidade: não houve julgados entre 01/01/2013 e 15/09/2013**

**\* Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: não houve julgados entre 01/01/2013 e 15/09/2013**

**\* Arguições de descumprimento de preceito fundamental: julgados de 2013**

(Em negrito, os mais interessantes; excluídos aqueles sem qualquer relevância)

|  |  |
| --- | --- |
| ADPF 210 Agr / DF | “Ementa: CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF-AGR). IMPUGNAÇÃO A RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE QUÍMICA (CFQ). REGIME DE SUBSIDIARIEDADE E RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA. CONDIÇÕES ESSENCIAIS DE ADMISSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO. NÃO-ATENDIMENTO. **NORMAS SECUNDÁRIAS E DE CARÁTER TIPICAMENTE REGULAMENTAR. OFENSA REFLEXA.** INIDONEIDADE DA ADPF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADPF, como instrumento de fiscalização abstrata das normas, está submetida, cumulativamente, ao requisito da relevância constitucional da controvérsia suscitada e ao regime da subsidiariedade, não presentes no caso. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que **a ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar** (...). 3. Agravo Regimental improvido.” |

**ITEM B: Índios na Constituição. Competência. Ocupação Tradicional. Procedimento para reconhecimento e demarcação dos territórios indígenas. Usufruto.**

Obras consultadas:

Edilson Vitorelli. Estatuto do Índio – Lei nº. 6001/1973. 2ª ed. Editora Juspodium.

Nota: Vide artigo complementar sobre tribos indígenas do Ivan Viegas.

**ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO E COMPETÊNCIAS** - Comunidades Tradicionais é expressão que traduz o gênero de grupos de pessoas ou comunitários que tem diferenciação cultural em relação à sociedade envolvente. Esta diferenciação cultural está presente em suas raízes étnicas e territoriais. Tem diferente visões de mundo, distintas formas de viver, fazer e criar, em relação à sociedade majoritária. Ex: índios, quilombolas, ciganos, quebradeiras de coco, vazenteiros, ribeirinhos, etc...

Índio é uma pessoa de origem pré-colombiana e culturalmente diferenciada, que guarda uma cultura própria, não se distinguindo de forma física ou visual. Segundo a Convenção 169 da OIT, é índio quem se reconhece como tal e assim o é reconhecido pela comunidade indígena do qual faz parte, adotando um critério de autodeterminação.

Segundo Edilson Vitorelli, a Constituição da República de 1988 promoveu avanços na questão indígena, mas ficou centrada por demais na questão da terra. Mas é imperioso que se diga que ela rompeu com a ideia integracionista que se tinha de que o índio era um indivíduo integrante de uma cultura inferior e que deveria ser integrado à cultura dominante que era hegemonicamente a de influência europeia, do homem branco, católico, heterossexual, proprietário de terras. Antes de 1988 ser índio era uma condição tida como transitória.

A Carta da República assegurou o direito de ser índio e o de continuar sendo. E nesse aspecto o papel do MPF é bastante relevante, defendendo a instituição que há direitos para além da CR 88, militando pela prevalência dos traços culturais, pelo autorreconhecimento, autodeterminação dos grupos indígenas e pela visão de que não cabe a quem não é índio julgar e classificar grupos indígenas.

Na CR 88 há alguns dispositivos que devem ser conhecidos:

- Art. 20, XI, da CF – traça que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. São bens dos quais os índios tem somente a posse e não a propriedade. Diferentemente dos quilombolas, a quem é assegurada a propriedade das terras;

- Art. 22, XIV – é competência privativa da União legislar sobre populações indígenas, por meio de normas federais, vedado aos Estados e Municípios o exercício dessa competência. A União exerceu essa competência ao editar a Lei 6001/73, que em alguns pontos não foi recepcionada pela CR 88;

- Art. 40, XVI – é competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar nas terras indígenas a exploração e aproveitamento de recursos hídricos e lavra de riquezas minerais. A posse dos índios não inclui a exploração dessas riquezas, que pertencem à União;

- Art. 109, XI – trata da competência da Justiça Federal sobre questões de direitos indígenas ou que envolvam a coletividade dos índios, e não apenas ele individualmente considerado;

- art 176, § 1 – as jazidas em lavra ou não constituem propriedade diferente do solo. No regime constitucional a propriedade do solo não inclui para ninguém a propriedade do subsolo e das riquezas nele contidas, apenas podendo fazer *jus* a uma compensação;

- art 210, § 2º - o ensino fundamental assegurado às comunidades indígenas em sua língua e em português. O entendimento do MPF é o de que cabe aos índios definir suas prioridades de aprendizado, preferencialmente na sua própria língua, sendo o português facultativo;

- art. 215, § 1 – é dever do Estado proteger todas as formas de manifestação cultural dos grupos existentes no Brasil. A CR 88 valorizou as múltiplas e variadas manifestações de cultura, devendo todas serem protegidas;

- Arts. 231 e 232 – compõe o capítulo nomeado “Dos índios”. Esses artigos tratam da questão da terra, manutenção de seus costumes, tradições, organização social, línguas;

**OCUPAÇÃO TRADICIONAL** – O nosso ordenamento se preocupa mais com o tema terras indígenas do que com outros, por sempre estar no centro dos conflitos que envolvem índios.

A natureza jurídica das terras indígenas é de bens públicos federais de uso especial, estando afetados a uma destinação especial, que é o uso e fruto em favor dos índios. Essas terras são de vital importância para essas comunidades, para a sua reprodução cultural, econômica, social e espiritual.

Essas terras sendo bens públicos federais são imprescritíveis, impenhoráveis e inalienáveis. Terão essas características enquanto forem ocupadas pelos índios. Aquelas que foram abandonadas ou foram ocupadas em tempos imemoriais não terão essas características e podem ser desafetadas e até vendidas, nos termos da Lei 8.666.

Terras já demarcadas e que foram abandonadas deixam de ter fim especial e passam a ser bens dominiais da União, sem qualquer finalidade pública podem ser vendidas.

O Art. 231 da CR faz questão de esclarecer que qualquer título de propriedade que verse sobre terra indígena será considerado inválido. Todos os demais títulos são nulos e não acarretam qualquer efeito sobre a posse dos indígenas. As terras são também protegidas por um instituto penal, o art. 20 da Lei 4947/66, que protege contra a invasão de terras públicas tipificando criminalmente a conduta, o que vale para as terras indígenas que são bens da União.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não podem ser consideradas improdutivas por qualquer critério ordinário, pois a produtividade destas terras deve ser analisada a partir do conceito indígenas de uso das terras, e não a partir dos conceitos da sociedade hegemônica. E para os índios, terra produtiva é aquela que ele caça, pesca e colhe frutos, não se falando em coeficiente de produtividade agrícola.

Hoje são maios ou menos 100 milhões de hectares de terras indígenas, aproximadamente 12% a 14% do território nacional. Quem realiza a demarcação dessas terras é a FUNAI.

A posse indígena não é um conceito civil, mas se relaciona com a tradicionalidade da ocupação, sendo esse o critério básico para a demarcação. Abrange todas as áreas de perambulação, coleta, caça, cemitérios, ou seja, todas as áreas que os índios realizem ocupação tradicional.

As Constituições passadas, desde 1934, previam o instituto do **indigenato**, que se resume no fato de que o direito à terra decorre da simples condição de serem índios. Decorre de nascerem índios, tendo a demarcação caráter meramente declaratório.

Porém no caso Raposa Serra do Sol o STF rompe com a Teoria do Indigenato e cria a Teoria do Fato Indígena, para os quais são terras indígenas aquelas que estavam ocupadas pelos índios em 05/10/1988 (data da vigência da nossa Constituição Federal), não importando a tradicionalidade da ocupação e nem o limite desta.

O problema desta teoria é que as Constituições anteriores já garantiam o direito inato do indigenato. O STF desconsidera por completo essa proteção constitucional anterior, reputando que a proteção teria somente nascido com o ordenamento constitucional iniciado em 05/10/1988, legalizando massacres e grilagens ocorridos em período anterior.

O MPF continua defendendo a Teoria do Indigenato apoiada na tradicionalidade da ocupação mesmo em data bem anterior ao da atual Constituição.

**USUFRUTO** - Cumpre mais uma vez distinguir a posse civil da posse indígena. A posse civil tem caráter patrimonial, estando ligada à ocupação e exploração da terra, enquanto que a posse dos índios tem íntima e especial ligação com a sobrevivência física e cultural do grupo.

O presente dispositivo foi reforçado pela Constituição, que em seu art. 231, § 2º, especificou caberem aos índios a posse permanente e o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Contudo, não tem eles direitos a todos os bens. Os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive do subsolo, são bens de propriedade da União (art. 20, VIII e IX, da CR), não sendo os índios usufrutuários destes.

Segundo Edilson Vitorelli os métodos tipicamente indígenas de pesca, caça, agricultura, extrativismo vegetal e artesanato, bem como seus petrechos, técnicas e substancias estão abrangidos pela garantia do usufruto e podem ser executados livremente, mesmo que de forma que a lei ambiental não permita, não incidindo sobre esses povos quaisquer sanções administrativas ou penais em razão do desempenho dessa atividade.

Contudo, no caso Raposa Serra do Sol o STF decidiu que se a terra indígena estiver inserida em unidade de conservação ambiental, prevalecerá o valor ambiental, e a administração da área será exercida pelo ICMBio (Instituto Chico Mendes), ouvidos os índios em caráter opinativo e devendo estes respeitar as normas impostas pela administração ambiental. Também nesse caso emblemático o STF decidiu que os índios não podem impedir a circulação de autoridades públicas dentro da área e tampouco podem impedir a navegação fluvial, não obstante possuam o usufruto dos rios e lagos.

É de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa de riquezas minerais e lavra. O art. 231, § 3º dispõe que o aproveitamento dos recursos só podem ser efetivados com autorização do Congresso, ouvidas previamente as comunidades afetadas, ficando a estas assegurada participação no resultado da lavra. Ocorre que o STF tem sido bastante leniente com essa questão, liberando obras de grande escala e que afetam as populações tradicionais, sem a expressa autorização do Congresso e sem a oitiva das comunidades atingidas (ACO 876-MC-AgRG, STF).

O MPF condena essa prática e vem propondo inúmeras ações judiciais visando a suspensão de obras como hidrelétricas, gasodutos, canais de integração fluvial, etc...

**PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDIGENAS** – as terras indígenas serão demarcadas de acordo com Decreto do Poder Executivo federal. A CR previa originalmente um prazo de 5 anos para que fossem realizadas essas demarcações, que não foi cumprido.

O procedimento deve seguir as seguintes etapas:

1. Elaboração de estudos antropológicos para se definir o limite das áreas a serem demarcadas;
2. Publicação desses estudos feitos pela FUNAI;
3. Objeções – o procedimento administrativo deve garantir o direito de os interessados apresentarem objeções, num prazo de 90 dias;
4. Portaria do Ministro da Justiça – as objeções serão julgadas e decididas pelo Ministro da Justiça, que posteriormente expede Portaria de Delimitação da área;
5. Expedição de Decreto do Presidente da República validando a demarcação;
6. Atos materiais para o cumprimento da demarcação, com a remoção de pessoas estranhas.

Não cabe a concessão de qualquer interdito possessório contra os atos de demarcação. Assim como não cabe Mandado de Segurança para atacar o procedimento, pois necessariamente existirá produção de provas durante a instrução.

O STJ já decidiu que a demarcação também pode ser feita por decisão judicial, e não necessariamente por ato do Poder Executivo.

A remoção de pessoas não pertencente á comunidade índigena, das terras demarcadas, não gera direito à indenização pela terra nua, mas poderá haver eventual indenização por benfeitorias realizadas por essas pessoas.

No Caso Raposa Serra do Sol o STF decidiu que a demarcação não deveria ser feita de forma descontínua ou tipo “queijo suíço”, havendo a necessidade de retirada das pessoas não índios das terras, visando evitar futuros conflitos.

Nesta demarcação o STF estabeleceu 19 condicionantes impostas em desfavor dos índios, com as quais o MPF não concorda, valendo salientar as principais:

1. O usufruto das terras, rios e lagos pode ser relativizado se houver interesse público;
2. O usufruto dos índios não abrange os recursos hídricos e minerais e potenciais energéticos;
3. Não abrange riquezas minerais;
4. Não abrange garimpagem e faiscação
5. O usufruto não se sobrepõe ao interesse de defesa nacional e intervenção militar, defesa das fronteiras, etc.
6. Forças armadas e polícia federal podem atuar dentro da área demarcada independentemente de consulta;
7. O usufruto não impede a instalação pela União de equipamentos, estradas, redes elétricas, etc...
8. O usufruto que incida sobre terras que estão em Unidades de Conservação estão sob a administração do Instituto Chico Mendes;
9. O transito de visitante e pesquisadores pode ser autorizado pelo Instituto Chico Mendes;
10. É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas em qualquer lugar do Brasil.

**ITEM C: Direitos fundamentais processuais: acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação de uso de provas ilícitas, juiz natural e duração razoável do processo.**

Obras consultadas:

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. Material da 3ª aula da Disciplina Processo e Constituição: Novos Rumos, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social do Direito: processo, constituição e novos direitos – UNISUL/REDE LFG.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 13ª ed.. Salvador: Juspodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

Legislação básica: Constituição Federal, art. 5º.

**Considerações Gerais**

Vale observar inicialmente a utilização, no ponto, de “direitos fundamentais processuais”. Marcelo Lima Guerra, citado por Didier (p. 40), defende que tal expressão supera o risco de se compreender os termos “garantias” e “princípios” como despidos de plena força normativa (aplicação imediata). Desse modo, se aduz toda teoria dos direitos fundamentais[[18]](#footnote-17).

Note-se que a existência de direitos fundamentais processuais é essencial para a garantia de todos os direitos fundamentais, inclusive da dignidade da pessoa humana (núcleo axiológico da CRFB/88). Imprescindível, pois, o “processo justo” para a proteção de direitos fundamentais e/ou Humanos.

Observe-se, ainda, as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Na subjetiva, tutela-se os sujeitos (titulares) propriamente; na objetiva, se estabelece os direitos fundamentais como norma jurídica, devendo perpassar a interpretação-aplicação de todo ordenamento jurídico.

Não se descure no ponto, outrossim, da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em poucas palavras: estes se aplicam às relações privadas. Há exemplo emblemático no que se refere ao devido processo: o STF considerou imprescindível a observação do devido processo legal para a efetivação de expulsão de membro de uma sociedade civil (União Brasileira de Compositores), conforme o Informativo 405-STF.

Álvaro de Oliveira (artigo citado – leitura recomendada) assim sintetiza a colisão essencial atinente à matéria: “(...) devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica[[19]](#footnote-18), valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto”. A essência do pensamento do referido autor no artigo pode ser percebida no último parágrafo: “Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso”.

Antes da abordagem específica dos direitos eleitos no ponto, cumpre observar que há outros direitos fundamentais processuais (mesmo dentre os explícitos), destacando-se a publicidade, a paridade das armas e a motivação das decisões (este fora do art. 5º, mas certamente direito fundamental). Atente-se ainda para a atualíssima problemática relacionada ao duplo grau de jurisdição, não obstante não se encontrar explicitado na CRFB/88, notadamente pela evidência da Ap. 470 (Mensalão). Trata-se, segundo interpretação que vem ganhando corpo, de direito vigente em nosso ordenamento, conforme a CADH (Art. 8º, 2, h). Certo que o STF já afastou sua incidência, com preponderância da Constituição (Mendes e outros, p. 495-497). Todavia, da mesma forma que o entendimento inicial sobre a prisão civil do depositário infiel foi superado com fundamento na CADH, a questão do duplo grau deverá ser enfrentada. Valério Mazzuoli demonstra, inclusive, possibilidade de anulação do julgamento da Ap. 470 (<http://atualidadesdodireito.com.br/valeriomazzuoli/2013/05/05/tribunal-internacional-pode-anular-o-julgamento-do-mensalao/>).

**Síntese dos direitos fundamentais processuais (CRFB/88, art. 5º) elencados no ponto**

**a.** Acesso à justiça (Inciso XXXV). Fundamento da efetividade do processo, o inciso XXXV do art. 5º requer percepção ampla, superando o acesso em sentido estrito (ingresso): “não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos” (Oliveira).

**b.** Devido processo legal (Inciso LIV). Princípio-mãe do direito processual. Cláusula geral em constante evolução (historicidade). “Trata-se de uma proteção contra a tirania (contra a produção tirânica de normas jurídicas, em nível legislativo, administrativo, jurisdicional e **privado**)” (Didier, p. 48).Apresenta as dimensões formal (*procedural due process of law*) – todo regramento procedimental – e material (*substantive due process of law*) – fundamento da proporcionalidade e da razoabilidade -, que devem ser percebidas dialeticamente.

**c.** Contraditório e Ampla Defesa (Inciso LV). Corolários do devido processo legal. Para Didier, o contraditório (possibilidade de desdizer) deve ser percebido como garantia de participação (dimensão formal) e de influência na decisão (dimensão substancial) (p. 56-60). Para o referido autor, a ampla defesa, hodiernamente, representa a dimensão substancial do contraditório, como possibilidade de apresentação dos meios adequados para demonstrar e persuadir.

**d.** Vedação do uso de provas ilícitas (Inciso LVI). Direito fundamental de não ter contra si uma prova ilícita. Para muitos, trata-se de regra constitucional e não de princípio (Didier, vol. 2, p. 32). O principal conflito encontra-se na tutela da intimidade/privacidade. Breve casuística: a) admite-se, em regra, a prova obtida por escuta ambiental (captação da voz alta); b) admite-se a utilização da escuta (gravação por um dos interlocutores), desde que haja justa causa; c) admite-se o traslado do interceptado para o procedimento administrativo.

**e.** Juiz natural (Incisos XXXVII e LIII). Não há sua previsão expressa, resultando da combinação da proibição do juízo ou tribunal de exceção e o que determina a imprescindibilidade da autoridade competente. O “juiz devido”, assim como o devido processo legal, apresenta as duas dimensões: observação das prévias regras de distribuição de competência (formal) e necessidade de imparcialidade e independência dos magistrados (material). Lembrar: hoje fala-se em promotor e defensores naturais. A doutrina postula sua ampliação inclusive para o âmbito administrativo (Didier, vol. 1, p. 117).

**f.** Duração razoável do processo (Inciso LXXVIII). Antes da inserção da CRFB, já vigorava a CADH, art. 8º, 1. Mais um corolário do devido processo, que fica distante se há excessiva demora. Para determinação da duração razoável se colocam três critérios (conforme a Corte Europeia dos Direitos do Homem, citado por Didier, vol. 1, p. 64): a) complexidade da causa; b) comportamento dos atores (partes e procuradores) e c) atuação do judiciário. Assevera Didier: “o processo não ter de ser rápido/célere: deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.

**ITEM C: Crimes contra a fé pública.**

Obras consultadas:

Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal. Volume 4. 5ª edição. Saravia. 2011

Victor Eduardo Rios Gonçalves. Direito Penal Esquematizado. Parte Especial. 3ª edição. Saraiva. 2013

José Paulo Baltazar Junior. Crimes Federais. 8ª edição. Livraria do Advogado. 2012

Trechos do resumo elaborado para o 26º CPR

**CONSIDERAÇÕES GERAIS**

**1. Fé pública:** *“crença na* ***veracidade*** *dos documentos, símbolos e sinais que são empregados pelo homem em suas relações em sociedade”.*

**2. Requisitos dos crimes de falso:**

**(i) imitação da verdade:** *immutatio veri* (mudança do verdadeiro: **modificar** documento verdadeiro, por exemplo) e *imitatio veritatis* (imitação da verdade: **criar** documento falso, imitando um verdadeiro, por exemplo);

**(ii) dano potencial:** o prejuízo não necessita ser efetivo, tampouco patrimonial. Só há esse dano potencial quando o falso é apto a enganar número indeterminado de pessoas, o que não se verifica na falsificação grosseira;

**(iii) dolo:** não existe crime culposo contra a fé pública. Alguns exigem especial fim de agir.

**3. Modalidades:**

**(i) falsidade material:** refere-se à **forma,** aos elementos exteriores do documento;

**(ii) falsidade ideológica:** refere-se ao **conteúdo** do documento;

**(iii) falsidade pessoal:** passar por outra pessoa quanto a suas qualidades.

**4. Consunção:** *“um fato típico pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime. Um fato anterior ou posterior que não ofenda novo bem jurídico muitas vezes é absorvido pelo fato principal, não se justificando, juridicamente, sua punição autônoma. Outras vezes, determinados fatos são considerados meios necessários e integrantes normais do iter criminis de uma ação principal”* (Bitencourt). Somente serão absorvidas pela figura principal as ações (anteriores ou posteriores) concebidas como necessárias ou inseridas dentro daquilo que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*). Exemplo: ladrão que destrói a res furtiva (furto absorve dano). Contudo, **será punível o ato posterior** quando se tratar de ação autônoma executada em outra direção, ou seja, conduta que produz lesão autônoma e independente contra vítima diferente ou que não é consequência natural e necessária da conduta anterior. Exemplo: ladrão que vende a res furtiva a terceiro de boa-fé (furto em concurso com estelionato).

**MOEDA FALSA (art. 289)**

**1. Bem jurídico tutelado:** a título **principal,** fé pública, consistente na confiança que deve existir na moeda circulante no País, como fator de estabilidade econômica e social. Não se protege apenas a soberania monetária do País, mas também a circulação monetária, nacional e internacionalmente (Muñoz Conde). A título **secundário**, o patrimônio particular, que é protegido apenas de forma mediata.

**2. Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um (crime comum), mas na figura qualificada do § 3º é o funcionário público, diretor, gerente ou fiscal de banco de emissão (crime próprio). É possível participação, como, por exemplo, na intermediação para que o moedeiro obtenha adquirentes. Sujeito passivo é o Estado, *imediatamente*, e, *mediatamente,* a pessoa física ou jurídica lesada.

**3. Tipo objetivo:** falsificar (apresentar fraudulentamente como verdadeiro aquilo que não tem essa característica) moeda metálica ou papel-moeda em curso legal no país ou no exterior, fabricando-a ou alterando-a. **Fabricação (contrafação):** produção de moeda nova semelhante à original, reproduzindo-a integralmente. Deve ter aptidão para enganar número indeterminado de pessoas. Não se exige, contudo, perfeição da falsificação. A perfeição impede que o receptor ou destinatário perceba a falsificação, não praticando, portanto, o delito de moeda falsa em sua modalidade de *usar*. **Alteração:** modificar moeda autêntica, por qualquer processo físico ou químico, **invariavelmente para aumentar o seu valor econômico**. A falsificação de moeda não é um fim em si mesmo, mas, em regra, meio para obter locupletamento, embora isso não seja elementar do tipo (Damásio). Logo, a alteração deve ostentar potencialidade lesiva a pessoas indeterminadas, razão pela qual não configura crime a alteração que não altere o valor da moeda ou a alteração operada para diminuir o seu valor. São irrelevantes para a adequação típica a quantidade de moedas falsificadas, o valor resultante da falsificação e os meios empregados para tanto. Isso pode ter considerado na fase da dosimetria.

**4. Objeto material:** o CP espanhol equipara à moeda os cartões de crédito, de débito e os cheques de viagem. O CP brasileiro não conceitua moeda, não se podendo estender o reconhecimento da adequação típica aos referidos documentos, sob pena de violar a tipicidade estrita. A moeda estrangeira basta ter curso legal em outro País e circulação comercial no Brasil. Sua tutela decorre do estreitamento das relações comerciais entre os países, principalmente os signatários da Convenção de Genebra. Curso legal é o poder liberatório como meio de pagamento que o Estado confere a um símbolo de valor determinado (Bitencourt). Moeda de curso legal é a que não pode ser recusada, sob pena de configurar a contravenção do art. 43 da LCP. Não é moeda, para fins do art. 289, aquela que não tem ou deixou de ter curso legal, ainda que possua valor histórico. Falsificação de moedas retiradas de circulação (cruzeiro, cruzado novo) pode configurar estelionato. Moedas de curso convencional, de circulação puramente circunstancial ou consuetudinária (vale-refeição, cheques de viagem, entre outros), embora possam ter curso legal obrigatório, não são objeto material deste crime, pois, segundo Prado, não têm valor autônomo, mas meramente representativo, não são dinheiro oficial. Moeda metálica também é objeto material.

**5. Tipo subjetivo:** dolo direto, não se admitindo dolo eventual, tampouco a forma culposa. Não se exige qualquer especial fim de agir, tal qual o objetivo de colocar a moeda em circulação ou de obter lucro. Basta a vontade consciente de falsificar, sabendo que se está criando um perigo de dano à coletividade. **Bitencourt discorda**, entendendo que haveria implícito nesse crime um especial fim de agir, pois a mera intenção de demonstrar habilidade técnica ou artística, bem assim o *animus jocandi*, não seriam suficientes para a configuração do delito. Sustenta que deve haver intenção de colocar o produto do falso em circulação. Para Muñoz Conde, se o agente não visa colocar a moeda em circulação, mas apenas defraudar alguém em uma situação concreta, ou se atua com fins numários, colecionistas ou propagandísticos, não haverá crime de falsificação de moeda, mas sim estelionato. **Prevalece, contudo, a desnecessidade de especial fim de agir.**

**6. Consumação e tentativa:** consuma-se no lugar e momento em que se conclui a falsificação, independentemente da circulação do seu produto e da causação de dano **(crime formal e de perigo)**. Se da falsificação advém vantagem indevida, o estelionato é absorvido pela moeda falsa, por aplicação do princípio da consunção ou da especialidade. A efetiva circulação da moeda falsa caracteriza mero exaurimento (*post factum* impunível). Inexistindo prova da autoria da falsificação, o agente que traz consigo a moeda falsa pode ser condenado pelo delito de circulação de moeda falsa (art. 289, § 1º). Admite tentativa, embora de difícil configuração, mas, se houver desistência voluntária, o agente responde pelo delito de *petrechos para falsificação de moeda* (art. 291). Configura crime único a falsificação de várias moedas na mesma ocasião, mas, sendo em épocas diferentes, admite-se a continuidade delitiva. É tipo de conduta múltipla, configurando crime único mesmo que o agente pratique várias das condutas descritas no tipo, em relação ao mesmo objeto. **Para Bitencourt**, se o falsificador põe em circulação moeda fabricada a partir de fragmentos de moeda verdadeira, **configura-se o delito de moeda falsa** (art. 289, § 1º).

**7. Crime de circulação de moeda falsa (art. 289, § 1º):** ações posteriores à falsificação que devem ser praticadas por terceiro, pois, se praticadas pelo falsificador, serão *post factum* impunível, ou seja, exaurimento do crime de falsificação de moeda. Crime de ação múltipla (importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar e introduzir em circulação). Visa ampliar a punibilidade do envolvimento diversificado com o objeto material do crime de moeda falsa, atingindo agentes não tiveram participação no processo precedente de falsificação (Bitencourt). **O agente deve ter conhecimento efetivo da falsidade da moeda**. Caso contrário, como não há modalidade culposa, sua conduta será atípica. Não é partícipe desse crime aquele que, não estando em conluio com o passador da moeda, apenas o acompanha, mesmo sabedor da falsidade.

**8. Figura privilegiada (art. 289, § 2º):** agente que recebe de boa-fé a moeda falsa, acreditando tratar-se de moeda autêntica, e, após descobrir sua falsidade, a restitui à circulação. Razões do tratamento penal mais brando: *(i)* agente não busca locupletamento indevido, mas sim evitar prejuízo pecuniário para o qual não concorreu; *(ii)* não foi o agente que iniciou a circulação. Para ocorrer a desclassificação do *caput* ou § 1º para essa figura privilegiada, requer-se prova inequívoca, a cargo da defesa (art. 156 do CPP), de que a moeda falsa foi recebida de boa-fé. Crime processado no JEF, admitindo suspensão condicional do processo. Aquele que, após o recebimento de boa-fé, descobre a falsidade e guarda a moeda falsa sem pretensão de reintroduzi-la em circulação **não comete esse crime** (ex.: comerciante percebe que recebeu moeda falsa, guardando-a no cofre para posterior entrega ao Banco Central).

**9. Figura qualificada (art. 289, § 3º):** crime funcional (próprio) do funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão ***(i)*** de moeda com título (nome e número cunhado na moeda: 10 centavos) ou peso (quantidade de massa metálica: tantos gramas) **inferior ao determinado em lei** ou ***(ii)*** de papel-moeda **em quantidade superior à autorizada** (isso pode gerar um desenfreado aumento da inflação). Cuida-se de norma penal em branco, pois cabe a outra norma fixar o *título*, o *peso* e a *quantidade*, além da própria *autorização* de circulação. Quanto à moeda, a norma não se refere à quantidade, mas apenas ao título e ao peso. A emissão de **moeda com título ou peso superior ao determinado em lei**, bem como a emissão de **papel-moeda em quantidade inferior à autorizada** são **fatos atípicos**. O objeto material é a moeda não autorizada a circular. O funcionário público sujeito ativo desse crime é somente aquele que pratica o fato em violação de dever funcional inerente ao ofício ou atividade de emissão de moedas.

**10. Desvio e circulação antecipada de moeda (art. 289, § 4º):** circulação de moeda genuína antes de sua autorização. Eventual obtenção de vantagem pessoal, para Bitencourt, configura mero exaurimento. É crime próprio. Tem como objeto material, diferentemente das figuras anteriores, a moeda verdadeira, ou seja, emitida pelo órgão oficial com observância dos parâmetros de legalidade, peso e quantidade. Crime material, que se consuma quando a moeda entra efetivamente em circulação. As penas cominadas a essa figura são as do *caput* e não as do § 3º, pois o parágrafo subordina-se ao artigo (Noronha).

**11 Competência:** Justiça Federal, ainda que se trate de moeda estrangeira e ainda que a falsificação de moeda brasileira tenha ocorrido no estrangeiro, pois o crime de falsificação de moeda brasileira, sob a ótica dos interesses nacionais, ofende a fé pública da União, impondo a extraterritorialidade da lei penal brasileira, presentes as hipóteses do art. 7º, I “a” e § 2º, do CP.

**12. Questões especiais: (i) falsificação grosseira:** se a falsificação for facilmente perceptível a olho nu (grosseira), não configura crime de moeda falsa, pois não têm aptidão de ofender a fé pública, mas pode caracterizar estelionato, caso demonstrado que a vítima poderia ser (ou foi) ludibriada, sendo a competência da Justiça Estadual (súmula 73 do STJ). Se a falsificação grosseira é incapaz de ludibriar a vítima, cuida-se de crime impossível; **(ii) princípio da insignificância:** não se aplica, pois a norma não se limita a coibir o prejuízo de quem recebeu a moeda falsa, mas, precipuamente, tutelar a fé pública, cuja vulneração independe do valor estampado na moeda (STF, HC 97220); **(iii) perícia:** écrime que deixa vestígios, sendo necessária perícia. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo verificar, pessoalmente, a qualidade da falsificação; e **(iv) moeda falsa e petrechos de moeda falsa:** para o TRF1, TRF3 e TRF4, no caso de o mesmo agente ser encontrado na posse de petrechos para falsificação e de moedas falsas, haverá **consunção**, constituindo o primeiro crime ante-fato impunível. O crime de moeda falsa é o crime fim.

**CRIMES ASSIMILADOS AO DE MOEDA FALSA (art. 290 do CP)**[[20]](#footnote-19)

**1. Tipo objetivo:** utilização de meio fraudulento para conseguir o ressurgimento ou a remontagem de cédulas, bilhetes ou notas já inutilizados ou fora de circulação. Não há contrafação, mas sim recomposição fraudulenta de moeda verdadeira. O tipo alberga três crimes, assim nomeados por Fragoso:

**(i) formação de cédulas com fragmentos:** por justaposição de fragmentos de cédulas verdadeiras – inutilizadas ou não –, forma-se outra nota, hábil a circular legitimamente. Não se cuida de unir uma cédula rasgada, mas sim de compor outra cédula, com junção de fragmentos de notas distintas. Não se confunde com a alteração de papel-moeda (aposição de dizeres e números de uma cédula verdadeira em outra, para aumentar o seu valor), que caracteriza o crime de moeda falsa (art. 289). Nesse sentido, quanto ao recorte e colagem de pedaços de cédula verdadeira em outra, para o fim de aumentar o valor, o STF entendeu configurado o crime do art. 289 do CP. (RTJ 33/506). Diferentemente da alteração, a formação implica constituição de moeda inédita, e não transformação da moeda verdadeira em falsificada.

**(ii) supressão de sinal indicativo ou inutilização:** tem como objeto material o papel-moeda afastado da circulação (sem curso legal) com sinal (carimbo, picote) que indique sua inutilização. A conduta consiste em suprimir esse sinal (raspagem, lavagem, descoloração, entre outros meios) para fazer a moeda circular novamente (especial fim de agir, que não necessita ser concretizado para caracterizar o crime). A efetiva restituição à circulação configura o crime que será analisado em seguida.

**(iii) restituição à circulação:** ao passo que nas modalidades anteriores há elaboração (formação ou supressão), nesta há somente restituição à circulação tanto do material já inutilizado, quanto daquele recolhido para inutilização. Não se confunde com a introdução de moeda falsa em circulação, pois neste caso a ação tem por objeto moeda falsificada (fabricada ou alterada). **Se a restituição for praticada pelo mesmo agente que formou a moeda ou suprimiu o sinal, haverá crime único.** Bitencourt entende que a **introdução** em circulação de moeda formada com fragmentos não se enquadraria nesse tipo, mas sim no de moeda falsa (art. 289, § 1º).

**2. Objeto material:** respectivamente, moedas formadas, suprimidas ou recolhidas para inutilização.

**3. Receptação (art. 180) e restituição de moeda recebida de boa-fé:** diferentemente do que ocorre no caso do art. 289, as condutas de receber, adquirir ou ocultar moeda nas condições descritas no art. 290 não são equiparadas ao crime previsto neste dispositivo, caracterizando, portanto, crime de receptação, caso o agente saiba que se trata de produto de crime. **E se o agente recebe de boa-fé a moeda fraudada nos termos do art. 290 e depois a recoloca em circulação?** Duas correntes: para Fragoso e Hungria, **também é** **receptação**; para Bitencourt, é **fato atípico**, pois na receptação não há interrupção da cadeia criminosa originada do crime *a quo*, interrupção essa que se opera no caso em análise com o recebimento de boa-fé. Logo, aplicar tanto a receptação quanto a figura privilegiada do art. 289, § 2º ao caso em análise caracterizaria **analogia *in malam partem***, além do que haveria desproporcionalidade da sanção cominada à receptação.

**4. Tipo subjetivo:** dolo aliado ao especial fim de agir **expresso** na descrição da segunda figura (suprimir) e **implícito** na primeira (formar). É dizer, tanto na formação de cédula (embora nesse caso não haja previsão expressa), quanto na supressão de sinal é essencial a presença do especial fim de colocar a moeda em circulação. A terceira figura (restituição à circulação) não exige fim especial de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a formação da moeda, supressão do sinal ou restituição à circulação. Admite tentativa. É crime de ação múltipla ou conteúdo variado. Logo, quem pratica as três condutas comete crime único.

**6. Forma qualificada (art. 290, parágrafo único):** se o agente é **funcionário público** que trabalha na repartição onde estava recolhido o dinheiro ou tem fácil acesso a ela. Não é qualquer funcionário público, mas somente aquele cujo cargo facilite o acesso ao dinheiro. A conduta é **mais reprovável**, pois além da ofensa à fé pública, há **violação dos deveres do cargo**.

**7. Competência:** Justiça Federal.

**PETRECHOS PARA FALSIFICAÇÃO DE MOEDA (art. 291)** [[21]](#footnote-20)

**1. Tipo objetivo e objeto material:** os **verbos do tipo** são fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar. O **objeto material** (“petrecho” para falsificação de moeda) consiste em maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda. **É crime subsidiário em relação ao do art. 289.** As **modalidades possuir e guardar** representam exceção à regra da não punibilidade dos atos preparatórios, pois criminalizam atos preparatórios do crime do art. 289. Para Bitencourt, a combinação “possuir ou guardar qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda”, dada a sua abstração, gera uma **insegurança incompatível com o princípio da reserva legal**, devendo-se, numa **interpretação conforme à Constituição**, restringir o seu alcance para abranger apenas os **objetos que mais apropriadamente sejam utilizados para a falsificação** e que, **no caso concreto, a esse fim sejam destinados**. Para Magalhães Drumond, especialmente destinado deve ser tomado no sentido restrito de destinação objetiva, peculiar à coisa, indubitável. Deve-se, ainda, perquirir a destinação subjetiva, investigando a finalidade para a qual o agente possui ou guarda o objeto. Bitencourt adverte que essa abertura do tipo pode dar azo à encampação de um **direito penal do autor**, como é feito por Hungria e Noronha ao aludirem à necessidade de considerar as características pessoais do agente para definir se o objeto se destina ou não à falsificação de moeda. **Demanda exame pericial nos objetos apreendidos para que se possa constatar a eficácia deles na produção de moeda falsa.**

**2.** **Tipo subjetivo:** dolo, devendo o agente ter conhecimento inequívoco de que a finalidade do objeto é a falsificação de moedas. Para Bitencourt, as modalidades possuir e guardar **não admitem dolo eventual**, pois, como dito acima, a destinação objetiva, por si só, não tipifica o crime nessas modalidades, devendo-se perquirir a destinação subjetiva. Não há previsão de modalidade culposa e não se exige nenhum especial fim de agir.

**3. Consumação e tentativa:** é crime de ação múltipla ou conteúdo variado. Logo, quem pratica mais de uma conduta comete crime único. **Quem utiliza o “petrecho” e falsifica moeda responde apenas pelo crime do art. 289**, que absorve o do art. 291. **Não há dificuldade em visualizar tentativa** nas condutas de fabricar, adquirir e fornecer. Noronha, Fragoso e Damásio **admitem tentativa também nas condutas de possuir e guardar**. **Não admitem** Nucci, Prado e Bitencourt. Para este, a excepcionalidade da punição de atos que seriam, em tese, meramente preparatórios afasta naturalmente a possibilidade de punir a tentativa daquilo que seria mera preparação.

**4. Competência:** Justiça Federal. Todavia, *“se os petrechos ou instrumentos apreendidos não se prestam apenas para a contrafação da moeda, já que* ***podem ser utilizados para a prática de outras fraudes****, como, por exemplo, o ‘conto do paco’, a competência para conhecer da ação penal e da Justiça Estadual”* (STJ, CC 7682).

**EMISSÃO DE TÍTULO AO PORTADOR SEM PERMISSÃO LEGAL (art. 292)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, em particular a **moeda de curso legal**, a qual pode ser afetada pela circulação desenfreada de títulos ao portador. Anota Fragoso ser crime peculiar do Direito brasileiro, não encontrado em ordenamentos estrangeiros. Para Bitencourt, é delito anacrônico, pois a consolidação da economia do país, com o fortalecimento do padrão monetário nacional, afasta qualquer risco de se instaurar uma concorrência dos títulos referidos no tipo em questão com a moeda de curso legal. Para ele, é um tipo penal em desuso, à espera de revogação.

**2.** **Sujeitos do crime:** sujeito ativo é qualquer um que emita título ao portador fora dos casos autorizados, bem como aquele que recebe ou utiliza como dinheiro os referidos documentos (crime comum). Sujeito passivo é o Estado, bem assim o particular eventualmente prejudicado, desde que não tenha conscientemente recebido o título (quem recebe com conhecimento da proibição de emissão do título é sujeito ativo).

**3. Tipo objetivo:** ao portador é o título transmitido por simples tradição da cártula, independentemente de endosso ou cessão. As ações típicas são emitir (pôr em circulação) nota, bilhete, ficha, vale ou título ao portador ou a que falte a indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago, **sem permissão legal**, bem como recebê-los ou utilizá-los **como dinheiro**, consciente de sua circulação desautorizada. **É indispensável que o título tenha a finalidade de circular como se fosse dinheiro**. Cuida-se de norma penal em branco, pois a permissão está fora do tipo.

**4. Tipo subjetivo:** para Bitencourt, somente dolo direito, não se admitindo dolo eventual, em nenhuma modalidade, pois o agente deve ter consciência de que se trata de título utilizado em substituição ao dinheiro e sem permissão legal. Como esse conhecimento deve ser atual, não há falar em dolo eventual. Não é punido na modalidade culposa. Não demanda especial fim de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se quando uma pluralidade de títulos é posta em circulação (transferida a terceiro). A mera emissão, sem circulação, é ato preparatório (impunível). A circulação de um ou poucos títulos é fato atípico, haja vista a ausência de risco de dano ao bem jurídico. Na modalidade de emissão, admite-se tentativa.

**FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS (art. 293 CP)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, traduzida no respeito à autenticidade e à veracidade probatória dos títulos e papéis públicos. No § 1º, II e III (selo destinado a controle tributário) também se protege a Fazenda Pública, buscando combater a sonegação fiscal.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa (crime comum), mas apenas comerciante e industrial na hipótese do art. 293, § 1º, III (crime próprio). Se praticado por funcionário público, prevalecendo-se do cargo, aplica-se o art. 295. Sujeito passivo primário é o Estado e a coletividade, sendo sujeito secundário qualquer lesado.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** as condutas consistem em falsificar, *fabricando* (criar, produzir) ou *alterando* (modificar, transformar) e têm como objetos materiais um extenso rol de documentos previstos no tipo. As modalidades uso, guarda, posse ou detenção (§ 1º) não são puníveis quando praticadas pelo autor da falsificação (mero exaurimento, pós-fato impunível). O § 5º, ao equiparar à atividade comercial qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, permite que camelôs e sacoleiros também sejam responsabilizados pelo delito em questão.

**4. Tipo subjetivo:** dolo, sendo exigido especial fim de agir (torná-los novamente utilizáveis) na figura de supressão de carimbo ou sinal indicativo, prevista no § 2º.

**5. Consumação e tentativa:** a consumação independe da produção de resultado naturalístico. Admite-se tentativa, exceto na modalidade usar.

**6. Formas privilegiada e majorada:** há uma forma privilegiada para aquele que recebe o título de boa-fé e o usa ou restitui à circulação (§ 4º), a qual não se configura, contudo, quando o título é restituído à própria pessoa de quem o sujeito o recebeu (fato atípico). Há forma majorada para funcionário público que comete o crime prevalecendo-se do cargo (art. 295).

**7. Atenção:** há **normas especiais** **de falso** nos **artigos 36, parágrafo único, 37 e 39 da Lei 6538/78** (serviços postais) e na **Lei 8137/90** (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo).

**PETRECHOS DE FALSIFICAÇÃO (art. 294)**[[22]](#footnote-21)

**1. Tipo objetivo e objeto material:** as condutas são *fabricar*, *adquirir*, *fornecer*, *possuir* ou *guardar* e têm como elemento material *objeto destinado à falsificação de quaisquer dos papéis referidos no art. 293* (deve-se investigar a destinação subjetiva). Logo, é crime subsidiário em relação ao de falsificação de papéis públicos. Criminaliza atos que seriam meramente preparatórios, pois tipifica a mera *posse* ou *guarda* do “petrecho”. Não criminaliza a fabricação, aquisição ou fornecimento de documentos públicos ou privados, carimbos, títulos, vales postais, bilhetes, talão, guia, selos ou sinais característicos, **mas tão somente objetos destinados a falsifica-los.** Se a ação for destinada falsificação de **vale postal**, **selo** ou qualquer outro **meio de franqueamento postal**, caracterizará o crime descrito no **art. 38 da Lei 6538/78**. O agente que falsifica não responde pelo crime de petrecho (consunção), mas apenas pela falsificação de papéis públicos. É indiferente que o agente esteja atuando a título oneroso ou gratuito.

**FALSIFICAÇÃO DO SELO OU SINAL PÚBLICO (art. 296)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, em especial a genuinidade dos selos e sinais públicos destinados à autenticação de atos oficiais públicos.

**2. Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um (crime comum). Sujeito passivo, primariamente, é o Estado e a coletividade; secundariamente, pessoas física ou jurídica lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** a conduta é falsificar, fabricando ou alterando. O objeto material, **selo** ou **sinal público** (termos similares), é marca a ser aposta ou estampada em determinados papéis para atribuir-lhes autenticidade (chancela, carimbo ou sinete, por exemplo). A par de entendimentos contrários, Bitencourt entende que selo ou sinal não se confundem com o instrumento que os produz. **Não há crime se o selo ou sinal já não possuem utilidade ou se estiverem estragados.** Esse tipo tem reduzido alcance nos dias atuais, haja vista o surgimento de novas formas de avalizar a autenticidade de atos públicos (publicação no Diário Oficial, por exemplo).

**4. Figuras equiparadas (§ 1º):** incorrem nas mesmas penas do falso quem: *(i)* usa o selo ou sinal falsificados (falsificador não responde por esse crime; mera detenção é atípica), *(ii)* utiliza-os indevidamente (exige efetivo prejuízo ou, alternativamente, obtenção de proveito) ou *(iii)* falsifica ou usa indevidamente símbolos da Administração Pública (tem como objeto material não apenas sinais ou símbolos destinados à autenticação de documentos, **alcançando quaisquer símbolos, utilizados para quaisquer fim, abrangendo até mesmo os símbolos meramente identificadores de órgãos ou entidades**).

**5. Tipo subjetivo:** dolo, não sendo necessário qualquer fim especial de agir. Não há modalidade culposa.

**6. Consumação e tentativa:** consuma-se com a falsificação ou com a utilização do selo falso, exigindo-se efetivo prejuízo ou obtenção de proveito apenas na hipótese do § 1º, II (uso indevido de selo ou sinal). Admite-se tentativa, salvo na modalidade de uso. A realização simultânea de várias condutas caracteriza crime único (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado).

**7. Forma majorada (§ 2º):** funcionário público que pratica o crime prevalecendo-se do cargo.

**CONCEITO E REQUISITOS DO DOCUMENTO**

**1. Conceito:** todo escrito devido a um autor determinado contendo exposição de fatos ou declaração de vontade, dotado de relevância jurídica e que pode, por si só, fazer prova do seu conteúdo (Fragoso).

**2.** **Requisitos:**

**(i) forma escrita:** sobre coisa móvel, transportável e transmissível. Não se incluem, por exemplo, as fotografias, quadros, escritos em portas de veículos, pichações. Montagem de fotografia isolada não configura falsidade documental. Já a troca de fotografia de RG é falsidade material. Exige-se certa permanência, embora não precise ser indelével. É irrelevante o meio empregado para escrevê-lo, desde que seja idôneo para a documentação. No caso de reprodução mecânica é indispensável a subscrição manuscrita, não se considerando documentos os impressos.

**(ii) autor certo:** identificado pela assinatura, nome ou, quando a lei não faz essa exigência, pelo próprio conteúdo. Escrito anônimo não é documento. A autoria certa aqui referida é a daquele de quem o documento é emanado e não a do falsário.

**(iii) relevância jurídica do conteúdo:** seu conteúdo deve expressar manifestação de vontade ou exposição de fato relevante. A simples assinatura em papel em branco não é documento, pois não tem conteúdo, mas poderá vir a ser, caso seja preenchido e o conteúdo possua relevância jurídica. Não é documento o escrito ininteligível ou desprovido de sentido. Documento juridicamente inócuo (alheio à prova de qualquer direito ou obrigação) não é objeto material dos delitos de falso.

**(iv) valor probatório:** potencialidade de gerar consequências no plano jurídico, ou seja, de provar o seu conteúdo. O valor probatório decorre da lei. É necessário que seu conteúdo seja juridicamente apreciável, que possa ter consequência no plano jurídico. O escrito a lápis não tem valor probatório, em razão da facilidade de ser alterado. A fotocópia não autenticada não tem valor probatório e, por isso, não é documento, como prevê o art. 232 do CPP. Se for autenticada, é documento.

**PONTO POLÊMICO: DOCUMENTO ELETRÔNICO[[23]](#footnote-22)**

**1. Conceito:** toda e qualquer representação de um fato, decodificada por meios utilizados na informática, nas telecomunicações e demais formas de produção cibernética, não perecível e que possa ser traduzido por meios idôneos de reprodução.

**2. Legislação**: a medida provisória n. 2.200-2, primeiro documento legal a tratar do tema, instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras, disciplinando a autenticidade, integralidade e validade jurídica de documentos eletrônicos com assinatura digital. A Lei n° 11.419 de 2006 reforçou o reconhecimento do documento eletrônico e realizou uma série de definições importantes acerca das relações entre o documento físico e o eletrônico e entre as noções de original e cópia.

**3.** **Tipos penais protetivos:** objetivando proteger a segurança e a regularidade dos sistemas informatizados de informações ou banco de dados da Administração Pública, o legislador inseriu no Código Penal os tipos de inserção de dados falsos em sistema de informações, art. 313-A, e modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, art. 313-B**.**

**4. Possibilidade de o documento eletrônico ser objeto material dos crimes contra a fé pública:** existem duas correntes que procuram esclarecer o conceito de documento: teoria estrita e teoria ampla. Pela **teoria estrita**, o documento deve ser escrito, mas não obrigatoriamente em papel. Pela **teoria ampla**, documento não é somente o escrito, mas todo suporte material que expresse ou incorpore dados, fatos ou narrações com eficácia probatória ou qualquer outro tipo de relevância jurídica (conceito adotado pelo Código espanhol). As duas correntes abrangem o documento eletrônico, o que possibilita a conclusão de que essa espécie pode constituir objeto dos crimes de falsidade.

**FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (art. 297)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública nos documentos públicos.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um (crime comum). Embora documento público seja aquele elaborado por funcionário público, o particular cometerá o crime em questão desde que falsifique documento que deveria ter sido feito por funcionário público ou altere documento efetivamente elaborado por este. Logo, é crime comum. Todavia, se a falsificação é praticada por funcionário público, prevalecendo-se de seu cargo, há crime majorado (§ 1º). Sujeito passivo primário é o Estado e sujeito passivo secundário é a pessoa eventualmente lesada.

**1. Tipo objetivo:** pune-se aqui o **falso material**, ou seja, aquele que diz respeito à forma do documento. As condutas são **falsificação** (total ou parcial) de documento público ou **alteração** de documento público verdadeiro. A falsificação ou alteração podem produzir documento completamente novo ou apenas modificar um verdadeiro, nele introduzindo elementos não verdadeiros. Na **alteração**, preexiste um documento verídico, que é modificado pelo agente. Na **falsificação parcial**, o agente, a partir de um elemento genuíno do documento (mas que ainda não é o documento no todo) **produz um documento falso**. A simples **eliminação de palavras** de um texto caracteriza **supressão de documento** (art. 305), e não alteração. O falso deve ser idôneo para provocar erro em outrem. **A mera substituição de fotografia em documento alheio caracteriza esse crime** (STF, HC 75.690).

**2. Objeto material:** documento público, ou seja, aquele **elaborado na forma prescrita em lei, por funcionário público, no exercício de suas atribuições**, seja ele formal e substancialmente público (elaborado por funcionário público, com conteúdo e relevância jurídica de direito público) ou formalmente público, mas substancialmente privado (elaborado por funcionário público, mas com conteúdo de direito privado: escritura de compra e venda de bem particular, por exemplo), bem assim **documento público estrangeiro, desde que originariamente considerado público e atendidas às formalidades legais exigidas no Brasil**. Para parte da doutrina, também são documentos públicos os **traslados, fotocópias autenticadas, certidões ou telegramas** referente a ato oficial de funcionário público (Bitencourt discorda). As fotocópias **não autenticadas** não podem ser consideradas documentos, para fins penais, nos termos do art. 232 do CPP. Existe controvérsia doutrinária sobre a obrigatoriedade de o documento público ser um escrito e constante em um papel.

**3. Documentos equiparados a documento público (§ 2º):** por força do § 2º, são **equiparados** a documento público o documento emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso (cheque, nota promissória, duplicata, *warrant,* entre outros), as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (**não abrange o codicilo**). Se, após determinado prazo, os títulos transmissíveis por endosso puderem ser transferidos apenas por cessão, deixam de ser equiparados a documento público.

**4. Falsificação de dados em CTPS ou outros documentos previdenciários (art. 297, §§ 3º e 4º):** essas figuras, embora inseridas no art. 297 pela Lei 9.983/00, **tipificam falsidade ideológica**, e não falso material. Tratando-se de autor **funcionário público**, não incidirá a causa especial de aumento de pena do § 1o, a qual, por sua localização neste artigo, aplica-se apenas ao *caput.* O sujeito passivo desse crime é, primeiramente, o Estado, representado pela Previdência Social, e, secundariamente, o segurado e seus dependentes que vierem ser prejudicados. **Se a omissão ou falsidade ocorre para sonegar contribuição previdenciária, tipifica-se o art. 337-A, que absorve o delito de falso (HC 114051**).

**(i) § 3º:** prevê **infrações comissivas**. O tipo objetivo consiste em *inserir* (introduzir, colocar) ou fazer *inserir* (estimular, incentivar que outrem introduza ou coloque) **pessoa que não seja segurado obrigatório** em folha de pagamento ou outro documento destinado a fazer prova perante a previdência social (§ 3º, I) bem como *inserir* ou *fazer inserir* **declaração falsa ou diversa da que deveria constar** em CTPS ou documento que deva produzir efeitos perante a previdência social (§ 3º, II) ou ainda em documento contábil ou qualquer outro relacionado às obrigações da empresa perante a previdência social (§ 3º, III). **A inserção deve ser juridicamente relevante e ter potencialidade para prejudicar direitos.** São segurados obrigatórios, na forma do art. 11 da Lei 8213/90, o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial.

**(i)** **§ 4º:** prevê **infrações omissivas**. O tipo objetivo é *omitir,* em qualquer dos documentos mencionados no § 3º, **nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços**. Na **primeira hipótese** só haverá crime se houver a **omissão concomitante** do nome dos segurados e de seus dados pessoais. A omissão empregada pelo agente deve ser juridicamente relevante e ter potencialidade para prejudicar direitos. **Consuma-se a partir do momento em que a inserção das informações referidas for juridicamente exigível pela legislação previdenciária e/ou trabalhista.**

**5. Divergência sobre a competência em relação ao art. 297, §§ 3º e 4º:**

**(i) MPF:** para a 2ª CCR, *“a persecução penal relativa aos* ***crimes previstos nos §§ 3º e 4º do art. 297*** *do Código Penal é de* ***atribuição do Ministério Público Federal****, por ofenderem a Previdência Social”* (Enunciado 27). Em parecer emitido na ACO 1258, o MPF sustentou a competência da Justiça Federal, pois o bem jurídico tutelado seria a fé pública de documentos pertinentes à Previdência Social, recaindo a conduta sobre documentos intimamente relacionados à atividade da autarquia previdenciária federal.

**(ii) STJ:** atualmente entende que a competência será da **Justiça Estadual** se o agente *“deixa de anotar o período de vigência de contrato de trabalho de um empregado na CTPS ou anota período menor do que o realmente trabalhado com o fito de não reconhecer o vínculo empregatício e assim frustrar os direitos trabalhistas do indivíduo”* (súmula 62). Todavia a competência será da **Justiça Federal** quando *“são inseridos dados falsos na CTPS,* ***fazendo constar como período de trabalho que na realidade não existiu****, com o fito de serem criadas condições necessária para se pleitear benefício previdenciário junto ao INSS”* (CC 99451).

**(iii) STF:** embora já tenha reconhecido a atribuição do MPF no bojo de ACO’s (1479 e 1310), atualmente *“é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que* ***a competência para processar e julgar o delito de anotação falsa em CTPS é da Justiça estadual****, em casos como o dos autos,* ***em que não há lesão ao INSS capaz de atrair a competência da Justiça Federal****”* (RE 649998). **Alinhou-se, portanto, ao STJ**.

**6. Tipo subjetivo:** dolo, sem necessidade de especial fim de agir. Assim, aquele, por exemplo, altera a sua idade no documento para se passar por pessoa mais experiente perante as mulheres, também comete esse crime. É que, após falsificado o documento, ele pode ser utilizado para qualquer fim. Não há modalidade culposa.

**7. Consumação e tentativa:** consuma-se independentemente de uso posterior ou qualquer outra consequência (crime de perigo). Admite tentativa.

**8. Questões especiais:** como o crime deixa vestígios, sua comprovação demanda exame de corpo de delito (documentoscópio). Se o falso tem por fim crime contra a ordem tributária, é por este absorvido. Não há concurso com o crime de uso (art. 304 do CP). Se o agente, além de falsificar ou alterar a forma, ainda insere nele informações falsas, **não responderá por falsidade ideológica**, mas apenas pelo falso material, que tem pena maior, absorvendo aqueloutro delito. **Daí porque a falsidade ideológica pressupõe documento verdadeiro quanto à forma, sendo falso apenas o seu conteúdo.** O delito de **petrechos de falsificação** é previsto nos Capítulos I (moeda falsa) e II (falsidade de títulos e outros papéis públicos), **mas não no Capítulo III (falsidade documental)**, razão pela qual **as condutas pertinentes aos petrechos de falsificação devem ser consideradas meros atos preparatórios (impuníveis) quando relacionadas aos delitos de falsidade documental**. Falsificação de CNH é de competência da Justiça Estadual, pois, embora seja válida em todo o território nacional, cuida-se de documento emitido por autoridade estadual. Quando a falsidade é **meio para a prática do estelionato**, têm-se cinco correntes:

**(i)** em razão da natureza formal do delito de falso, deve ser responsabilizado apenas por ele, afastando-se o estelionato, que consiste em mero exaurimento da falsificação (Hungria).

**(ii)** há concurso material, pois, antes da utilização do documento para a prática do estelionato, o falso já estava configurado, além do que os crimes ofendem bens jurídicos diversos.

**(iii)** há concurso formal.

**(iv)** o crime-fim (estelionato) absorve o crime-meio (falso).

**(v)** somente haverá absorção se, após à prática do estelionato, não restar ao falso qualquer potencialidade lesiva. Todavia, se o falso não se exaurir no estelionato, haverá concurso (STJ, súmula 17). **É a que prevalece.**

**FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR (art. 298)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, especialmente a confiabilidade dos documentos particulares.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um; sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo:** mesmas ações previstas para o delito anterior.

**4. Objeto material:** considera-se como documento particular o que não está compreendido como documento público, ou que não é a este equiparado para fins penais. O próprio documento público, quando nulo por falta de formalidade legal, poderá ser considerado documento particular. Documento particular registrado em cartório não se transforma em documento público, pois o registro serve apenas para dar publicidade ao documento. Cópia autenticada de documento particular é documento particular.

**5. Objetos equiparados a documento particular (parágrafo único):** **os cartões de crédito e débito se equiparam a documento particular**. Ao contrário do que ocorre na falsificação de cheque para a prática de estelionato (absorção, na forma da súmula 17 do STJ), não há absorção da falsificação do cartão pelo estelionato, pois este falso não exaure a sua potencialidade lesiva no referido delito patrimonial, podendo ser utilizado para outras finalidades criminosas. **Para haver a equiparação, a falsificação do cartão deve ser idônea.** Caso se trate, por exemplo, de um plástico branco com o clone apenas da fita magnética, incapaz de enganar pessoas, mas **apto a efetuar saques**, o agente responderá apenas por eventual furto mediante fraude.

**6. Tipo subjetivo:** dolo, não se exigindo especial fim de agir.

**7. Consumação e tentativa:** consuma-se com a efetiva falsificação, desde que capaz de gerar consequências jurídicas, independentemente da produção de qualquer prejuízo (crime de perigo). Deve, contudo, ter possibilidade lesiva. Admite-se tentativa.

**8. Questões especiais:** falsificador que utiliza o documento falso não responde pelo uso. Na forma da súmula 104 do STJ *“compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino”*.

**FALSIDADE IDEOLÓGICA (art. 299)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, especialmente a confiabilidade dos documentos públicos ou particulares.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um, mas se for funcionário público, no exercício de suas funções e delas se prevalecendo, estará caracterizada a majorante do parágrafo único. **Particular** somente pode praticar **falsidade ideológica em documento público** em duas hipóteses: *(i)* faz funcionário público inserir de boa-fé declaração falsa em documento público; ou *(ii)* elabora documento público por equiparação, de sua alçada, com declaração falsa. Sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** as condutas são *omitir* (não dizer, não mencionar), *inserir* (introduzir diretamente) ou *fazer inserir* (estimular, incentivar que outrem introduza ou coloque, fornecer informação a terceira pessoa, responsável pela elaboração do documento) **declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita**, tendo como objeto material **documento público** (pena mais alta) **ou particular**. Nas modalidades **omitir e inserir** há a falsidade imediata (a própria pessoa que confecciona o documento comete o falso). Na modalidade **fazer inserir** há a falsidade mediata (a lei não pune quem elabora o documento, mas sim quem lhe passa a informação falsa, pois aquele que elabora está de boa-fé). Essa declaração falsa deve recair sobre **fato juridicamente relevante**. Se a nota promissória for emitida sem alguns dos seus requisitos essenciais, pode o portador de boa-fé preencher os espaços em branco (súmula 387 do STF). Na falsidade ideológica, a forma do documento é verdadeira (**documento autêntico em seus requisitos extrínsecos** e **emanada realmente da pessoa que nele figura como seu autor**), mas seu conteúdo é falso, ou seja, a ideia ou declaração que o documento contém não corresponde à verdade.

**4. Tipo subjetivo:** além do dolo, **exige-se especial fim de agir**, qual seja, intenção de prejudicar direito, produzir obrigação ou modificar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Nesse último caso, a prescrição somente começa a fluir a partir da data em que o fato se tornou conhecido (art. 111, IV, do CP).

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se no instante em que o documento é criado, independente de sua utilização e de o agente concretizar o especial fim de agir (crime formal). Admite tentativa, salvo na hipótese omissiva.

**6. Forma majorada:** se o agente é funcionário público e pratica o crime valendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil.

**7. Questões especiais:** a apuração da falsidade ideológica independe de perícia, pois o documento é verdadeiro no seu aspecto formal. A simulação, quando recai sobre documento, configura o crime de falsidade ideológica, mas, servindo de documento de engano e locupletação ilícita, pode em alguns casos configurar crimes patrimoniais. Na hipótese de **abuso de folha assinada em branco**, caso se trate de papel entregue ou confiado ao agente para preenchimento (posse legítima), configura-se **falso ideológico**, pois nesse caso o documento é **elaborado por quem tem autorização para fazê-lo**, sendo, portanto, perfeito na forma. **Caso contrário** (obtenção do documento em branco por meio criminoso), o **falso será material**. Mesmo no caso de posse legítima, **se houver revogação do mandato ou tiver cessado a obrigação ou faculdade de preencher o papel, configura-se falso material.** O falso praticado para iludir o pagamento de tributo é absorvido pelo respectivo crime contra a ordem tributária, sendo certo que a extinção da punibilidade em virtude do pagamento do tributo impede a continuidade da persecução em relação ao delito de falso, pois se trata de delito **carente de autonomia** (STJ, RHC 31321). A **declaração particular** somente tipifica falso ideológico quando, **por si só**, é capaz de criar obrigação, prejudicar direito ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, **não havendo crime, portanto, se for sujeita a exame obrigatório por parte de funcionário público** (afirmação de hipossuficiência para obter gratuidade de justiça, por exemplo). **Afirmação falsa em petição:** para o STF *“a petição em processo judicial ou administrativo* ***só faz prova do seu próprio teor; não, porém, da veracidade dos fatos alegados****. Por isso, de regra - isto é,* ***salvo nos casos excepcionais em que a lei imputa ao requerente o dever de veracidade*** *-* ***a inserção em petição de qualquer espécie da alegação de um fato inverídico não pode constituir falsidade ideológica****”* (HC 82605). **STJ também entende assim** (AgRg no Ag 1015372).

**FALSO RECONHECIMENTO DE FIRMA OU LETRA (art. 300)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública nas letras ou firmas reconhecida.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é somente o funcionário público que possua fé pública para reconhecer firma ou letra (crime próprio); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** reconhecer (admitir, atestar, certificar) como verdadeira, no exercício de função pública, firma (assinatura, por extenso ou abreviada) ou letra (manuscrito) quando não o é, conferindo fé ao documento, público ou privado. Para efeitos de tipificação, a lei não distingue se o reconhecimento é autêntico, semiautêntico, por semelhança ou indireto.

**4. Tipo subjetivo:** dolo, que é excluído se houver erro quanto à autenticidade. Mesmo se o erro for evitável, a conduta é atípica, pois não existe punição a título de culpa. Não há especial fim de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com o reconhecimento, independentemente da utilização do documento ou produção de eventual prejuízo. Consuma-se antes mesmo da devolução do documento. A tentativa é admissível. Nucci não admite.

**6. Questões especiais:** aquele que falsifica o documento e apresenta ao agente desse delito pode responder pelo falso reconhecimento (art. 300) em concurso material com a falsidade documental (art. 297 ou 298). Se for para fins eleitorais, estará caracterizado o crime do art. 352 do CE. Se o particular, agindo sozinho, falsifica o reconhecimento de firma, responderá pela falsidade documental (art. 297 ou 298).

**CERTIDÃO OU ATESTADO IDEOLOGICAMENTE FALSO (art. 301)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, especialmente em relação a certidões e atestados emitidos por funcionário público.

**2. Sujeitos:** sujeito ativo é o funcionário público, na hipótese do *caput* (crime próprio), ou qualquer pessoa, na hipótese do § 1º (crime comum); sujeito passivo é, primariamente, o Estado-Administração e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** atestar (provar, afirmar algo oficialmente) ou certificar (asseverar, afirmar certeza) **falsamente** fato ou circunstância inerente ou atinente à pessoa a quem se destina o atestado ou a certidão e condicionante da obtenção de um **benefício de ordem** caráter público (cargo público, isenção de ônus ou serviço de caráter público, entre outros benefícios) ou **qualquer outra vantagem de caráter público.** Não se confunde com falsidade ideológica, que se refere a documento de forma genérica. Aqui, a conduta recai sobre determinadas espécies de atestados ou certidões. **Atestado** é um documento que traz em si o testemunho de um fato ou circunstância de que o funcionário tomou conhecimento. **Certidão** (ou certificado) é o documento pelo qual o funcionário, no exercício de suas atribuições oficiais, afirma a verdade sobre fato ou circunstância contida em documento público.Também configura esse crime a falsificação, total ou parcial, de atestado ou certidão, bem como alteração de seu teor, quando verdadeiros, para servir como prova dos fatos ou circunstâncias acima referidos (§ 1º). A hipótese do ***caput*** é de falsidade ideológica, ao passo que a do **§ 1º** é de falsidade material. Neste último dispositivo de enquadra a **falsificação de atestado médico**. **Extrair cópia falsa de documento público guardado em repartição constitui falso documental**

**4. Tipo subjetivo:** dolo, exigindo-se especial fim de agir consistente na intenção de obter **benefício de ordem de caráter público** ou **qualquer outra vantagem**.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se no momento em que o agente conclui a certidão ou o atestado, **independentemente de sua entrega ao destinatário** (há quem entenda necessária a entrega: Damásio) e **da obtenção do benefício visado**. Admite-se tentativa, embora seja difícil a sua configuração.

**6. Questões especiais:** se for certidão ou atestado escolar, caracteriza o crime do art. 297.

**FALSIDADE DE ATESTADO MÉDICO (art. 302)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, particularmente em relação ao atestado médico.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é **somente o médico**, não podendo sê-lo o dentista, veterinário, enfermeiro, atendente ou estagiário de medicina (crime próprio); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** dar (fornecer, entregar) atestado falso. A falsidade deve ser praticada por escrito (pois se trata de atestado), no exercício da profissão médica, referindo-se a fato juridicamente relevante atinente às funções típicas dos médicos (constatação de doença ou enfermidade, por exemplo). **Mero prognóstico não configura, pois não é fato juridicamente relevante.** Quem usa o atestado, comete o crime do art. 304, com a pena deste art. 302.

**4. Tipo subjetivo:** dolo; o especial fim de obter lucro caracteriza a figura majorada (parágrafo único).

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a entrega do atestado ao interessado ou a outrem, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência. Admite tentativa.

**6. Questões especiais:** se o médico é funcionário público, pratica o crime do art. 301. Se é funcionário público e, em razão do seu ofício, fornece atestado com fim lucrativo, pratica corrupção passiva. Configura falso atestado médico a atestação de óbito, sem qualquer exame no cadáver, mediante paga. Quem não é médico e falsifica atestado médico comete o crime do art. 301,§ 1º (falsidade material de atestado ou certidão). Se o dentista falsifica atestado de dentista comete o crime do art. 299 do CP.

**REPRODUÇÃO E ADULTERAÇÃO DE PEÇA FILATÉLICA (art. 39 da Lei 6.538/78)**

**1. Alteração legislativa:** o art. 303 do CP (reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica) foi derrogado pelo art. 39 da Lei 6.538/78.

**2.** **Bem jurídico:** fé pública, em especial as peças filatélicas.

**3. Sujeitos:** sujeito ativo qualquer pessoa; sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**4. Tipo objetivo e objeto material:** reproduzir (copiar, fazer igual), alterar (contrafazer parcialmente) peça filatélica (carimbos, cartões, blocos, comemorativos, provas) **que tenham valor para coleção** (*caput*), bem como usar a peça reproduzida ou alterada (parágrafo único).

**USO DE DOCUMENTO FALSO (art. 304)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, não mais pela falsidade em si, mas pelo uso de documento falso.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer um (excluído o autor do falso, que, se usar, responderá por crime único); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** usar (empregar, utilizar) documento material ou ideologicamente falso (referidos nos artigos 297 a 302 do CP) como se verdadeiro fosse. Não basta a alusão ao documento, devendo haver sua efetiva utilização. Indispensável que o documento seja utilizado em sua destinação específica e com a finalidade de provar fato juridicamente relevante. Não haverá o crime de uso, se faltar ao documento requisito necessário à configuração do próprio falso (falsificação grosseira, por exemplo). É uma espécie *sui generis* de norma penal em branco, denominado por alguns de tipo penal remetido, pois, além de o tipo não definir a natureza do documento falsificado, não comina expressamente a pena, tampouco define a espécie de falsidade, fazendo remissão, quanto a todos esses aspectos, aos dispositivos pertinentes aos crimes de falso. Assim, embora o crime de falso não dependa do respectivo uso do documento, a recíproca não é verdadeira, pois o uso se mostra servilmente vinculado a prévia existência do falso. Imprescindível, pois, para a punição pelo delito de uso, identificar a espécie de falso praticado. É **crime acessório**, portanto, pois depende da ocorrência de um crime anterior (falso).

**4. Tipo subjetivo:** dolo apenas, não se exigindo especial fim de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a utilização efetiva do documento, independentemente da obtenção de qualquer vantagem ulterior. Admite teoricamente a tentativa, embora difícil a sua configuração.

**6. Questões especiais:** em regra, a **posse** e o **porte** de documento falso, quando este não é efetivamente apresentado, são fatos atípicos. Logo, se o documento for apreendido em busca domiciliar ou pessoal, não há crime de uso, pois não houve apresentação. Para configurar o crime, não basta o agente trazer consigo o documento, devendo este sair da sua esfera de domínio pessoal. **Todavia, o simples porte de CNH falsa é crime de uso, pois se trata de documento de porte obrigatório (art. 159, § 1º, do CTB)**. Apesar de divergências, a jurisprudência majoritária entende que configura o delito de uso a apresentação de documento falso por solicitação ou ordem de policial. Uso de cópia reprográfica sem autenticação não tipifica crime de uso (de cópia autenticada configura). Se as figuras do usuário e do falsário se reunirem na mesma pessoa, haverá responsabilidade por crime único: o de falsidade absorve o de uso, que é considerado pós-fato impunível (princípio da consunção na progressão criminosa). Se a imputação é de uso de falso material, imprescindível o exame de corpo de delito. A prescrição se inicia com o primeiro ato de uso, que, quando reiterado, caracteriza crime continuado. *“O Juízo Federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou”* (STJ, súmula 200 ). Quem usa documento verdadeiro de outrem como próprio pratica o crime do art. 308. Independentemente da natureza do documento falsificado, o crime de uso será de competência da Justiça Federal quando apresentado perante aquelas pessoas mencionadas no art. 109, IV, da CF. Não é atípica a conduta daquele que usa documento falso para escamotear sua real identidade e, com isso, não ser preso.

**SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (art. 305)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública pertinente à segurança de documento, público ou particular. A indevida supressão de documento afasta um elemento de certeza e segurança (prova documental) nas relações jurídicas.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa, podendo sê-lo **até mesmo o proprietário do documento** (desde que não tenha disponibilidade dele); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo:** destruir (eliminar), suprimir (fazer desaparecer sem que o objeto seja destruído ou escondido), ocultar (esconder, encobrir) **documento verdadeiro** (público ou particular) do qual o **agente não tinha disponibilidade**. Não há crime de supressão de documento se o objeto material for translado, certidão ou cópia autêntica de documento original existente, mas, nesse caso, pode restar configurado outro crime (dano ou furto, por exemplo). **O documento deve ser verdadeiro**. Se for falso, pode restar configurado crime de fraude processual (art. 347) ou favorecimento pessoal (art. 305).

**4. Tipo subjetivo:** dolo, acrescido de especial fim de agir (em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo de terceiro). **Para muitos há ainda a finalidade de atentar contra a integridade do documento, como meio de prova**.Não há modalidade culposa.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a efetiva destruição, supressão ou ocultação, independente da concretização do intento que consubstancia o especial fim de agir (obtenção de benefício ou causação de prejuízo). Trata-se, pois, de crime formal.

**6. Questões especiais:** emitente do cheque que, para eximir-se da dívida, destrói o título **após subtraí-lo do credor**, comete supressão de documento, e não furto. Como pode ser substituída pela triplicata, a supressão da duplicata não tipifica o crime em questão. Difere do crime de **dano**, pois neste há **atentado contra o documento em si**, ao passo que na **supressão** há um especial fim de agir, objetivando-se destruir o documento como meio de prova. Se as cópias foram preservadas e as originais recompostas, **não há crime de supressão de documento** (HC 75078). A supressão de documento descaracteriza a prática do furto ou apropriação indébita anteriores. Quando se tratar de documento judicial ou processo, e o agente é procurador ou advogado, configura-se o crime de sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356).

**FALSIFICAÇÃO DO SINAL EMPREGADO NO CONTRASTE DE METAL PRECIOSO OU NA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA, OU PARA OUTROS FINS (art. 306)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, em particular a segurança quanto à autenticidade das marcas.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa; sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** falsificar (fabricação ou alteração) **marca** (não sentido de marca industrial, mas sim no de selo de garantia) **ou sinal** (impressão simbólica) **empregado pelo poder público** no contraste de metal precioso, na fiscalização alfandegária, ou usar a marca ou sinal falsificados (*caput*). O falsificador que usa responde apenas pelo falso, sendo o uso considerado pós-fato impunível. O tipo se refere apenas a marcas ou sinais que possuam caráter oficial.

**4. Figura privilegiada:** praticar as condutas acima em relação a marca ou sinal empregado pelo poder público na fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos ou comprovar o cumprimento de formalidade legal (parágrafo único).

**4. Tipo subjetivo:** dolo, sem necessidade de especial fim de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a efetiva fabricação ou alteração ou com o uso. Admite-se tentativa na modalidade falsificar, mas não na modalidade usar.

**6. Modalidade privilegiada:** marca ou sinal usado para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal.

**FALSA IDENTIDADE (art. 307)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública (não a documental, mas sim a pessoal), no tocante à identidade individual, pessoal, própria ou de terceiro.

**2. Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa, sendo crime de mão própria na primeira figura (atribuir-se); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** atribuir (inculcar, irrogar, imputar) a si mesmo ou a outrem **falsa identidade**, sendo esta entendida como o conjunto de caracteres próprios de uma pessoa, que permite identificá-la e distingui-la das demais, ou seja, seu *estado civil* (idade, filiação, matrimônio, nacionalidade, entre outros aspectos) e seu *estado pessoal* (profissão ou qualidade pessoa). A atribuição pode ser verbal ou escrita. Aqui não há uso de documento falso ou verdadeiro. O silêncio ou consentimento tácito a respeito da falsa identidade atribuída por outrem não se enquadra no dispositivo. Pratica esse crime quem, a fim de não se submeter a processo penal, mente sobre a idade, afirmando ser menor de 18 anos.

**4. Tipo subjetivo:** dolo, exigindo especial fim de agir consistente na intenção de obter vantagem (para si ou para outrem) ou causar prejuízo. A vantagem intentada pelo agente não pode ser econômica, pois assim incorrerá no delito de estelionato.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a atribuição, sem necessidade da ocorrência do fim desejado. O delito é expressamente subsidiário, e deve ser absorvido por outro crime mais grave, quando constitui elemento deste. Admite-se tentativa, embora de difícil ocorrência, sendo mais fácil de ser verificada quando se utilizada a modalidade escrita.

**6.** **Autodefesa**: no RE 640139 **(repercussão geral)**, o STF pacificou que *“o* ***princípio constitucional da autodefesa*** *(art. 5º, inciso LXIII, da CF/88)* ***não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes****, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”*. STJ segue esse entendimento. Autodefesa não abarca direito de mentir, mormente nessa situação, que pode gerar prejuízos a terceiros inocentes, acarretando, por exemplo, a prisão da pessoa cuja identidade o agente atribuiu a si. Não viola o *nemo tenetur se detegere*, pois não se trata de produção de prova do crime pelo qual o agente foi preso, mas sim da sua correta identificação, que é obrigatória.

**7. Outras questões especiais:** quando a falsa atribuição refere-se a funcionário público, podem restar caracterizadas as contravenções dos artigos. 45 ou 46 da LCP (uso ilegítimo de uniforme). Se ocorre usurpação de função pública, o crime é o do art. 328 do CP. Se o agente se recusar a fornecer a autoridade dados de sua identidade, configura-se a contravenção do art. 68 da LCP; se fornecer de modo inverídico, não caracterizando infração mais grave, também resta tipificada esta contravenção (parágrafo único).

**USO, COMO PRÓPRIO, DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE ALHEIO (art. 308)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública pessoal.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa (admite-se concurso eventual de pessoas); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo:** usar **documento de identidade alheio como próprio** ou ceder (gratuita ou onerosamente) **documento de identidade próprio ou alheio** a outrem, para que dele se utilize. É uma figura especial de falsa identidade. Se o cessionário efetivamente usa o documento a ele cedido, incorre na primeira figura (usar). Todavia, enquanto não faz uso efetivo do documento, o fato é atípico em relação a ele, não se cuidando de receptação, pois, por ser verdadeiro, o documento não é produto de crime.

**4. Objeto material:** passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento admitido como prova de identidade. **Deve ser documento verdadeiro, pois, se for falso, caracterizado está o art. 304.**

**5. Tipo subjetivo:** dolo, exigindo-se especial fim de agir apenas na última figura (ceder a outrem, **para que dele se utilize**).

**6. Consumação e tentativa:** consuma-se com o uso efetivo para prova de identidade, na primeira conduta; na segunda, com a tradição (em ambos os casos, sem dependência de outro resultado). Admite-se a tentativa apenas na forma de ceder. É delito expressamente subsidiário.

**FRAUDE DE LEI SOBRE ESTRANGEIROS (art. 309)**

**1. Bem jurídico tutelado**: fé pública, em particular a política migratória.

**2. Sujeitos:** sujeito ativo é o **estrangeiro** (qualquer pessoa que não tenha nacionalidade brasileira), tratando-se de crime próprio. É crime comum na modalidade do parágrafo único, pois a atribuição nele descrita pode ser feita por qualquer pessoa. Mesmo o português equiparado é tecnicamente enstrangeiro, podendo, portanto, ser sujeito ativo desse delito. Sujeito passivo é o Estado.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** usar **nome não correspondente ao verdadeiro**, seja ele fictício, imaginário ou de terceiro (*caput*) ou atribuir **falsa qualidade** (termo amplo, que abrange os dados que podem servir para identificá-lo) **a estrangeiro** (parágrafo único). As condutas podem ser praticadas verbalmente ou por escrito. Na modalidade do ***caput*** (praticada apenas por estrangeiro), **não há crime se o agente faz declaração falsa a respeito de atributos diversos do nome**. Na modalidade do **parágrafo único** (pode ser praticada por qualquer pessoa), **a falsidade não necessita versar necessariamente sobre o nome**, podendo residir em outro predicado do estrangeiro (profissão, boa conduta, nacionalidade diversa da verdadeira, entre outros).

**4. Tipo subjetivo:** dolo, exigindo-se, em ambas as figuras (usar e atribuir) **especial fim de agir**, consistente na intenção de entrar ou permanecer no país (*caput*) ou no objetivo de promover a entrada de estrangeiro no território nacional (parágrafo único). **No caso do parágrafo único, é atípica a imputação feita para que o estrangeiro permaneça no país.**

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a utilização do nome inverídico (*caput*) ou atribuição da falsa qualidade (parágrafo único), não importanto se houve efetivo ingresso ou permanência no território nacional (crime formal). Não se admite tentativa.

**6. Questões especiais:** território compreende não apenas o solo, mas também o mar territorial, o espaço aéreo e, de modo geral, a zona onde impera a soberania do Estado. Se usar documento de identidade alheio falsificado, o estrangeiro incorrerá no art. 304.

**SIMULAÇÃO DA FIGURA DE PROPRIETÁRIO OU POSSUIDOR EM NOME PRÓPRIO (art. 310)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, especialmente no que tange à ordem político-econômica nacional, que estabelece determinadas restrições à propriedade de certos bens por estrangeiros. Objetiva-se evitar a burla à finalidade de manter nacionais determinadas empresas ou companhias ou certos bens ou valores, sem a ingerência de capital estrangeiro.

**2.** **Sujeito:** sujeito ativo é qualquer pessoa. Na maioria das vezes, o agente será necessariamente um brasileiro (nato ou naturalizado), pois maiores são as possibilidades de um brasileiro assumir a condição de “laranja” de um estrangeiro na situação tratada neste tipo penal. Sujeito passivo é o Estado.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** prestar-se a figurar, ou seja, apresentar-se como real proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, proibido legalmente de exercer a propriedade ou posse sobre tais bens. Cuida-se de norma penal em branco, complementada, por exemplo, pelo art. 222 da CF (propriedade de empresa jornalística). É simulação configuradora de hipótese especial de falsidade ideológica

**4. Tipo subjetivo:** dolo, não havendo previsão de especial fim de agir.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se quando o agente se faz passar por proprietário ou possuidor dos mencionados bens, que, concretamente, não lhe pertencem. Admite tentativa.

**ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (art. 311):**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública, especialmente a proteção da propriedade e da segurança do registro de automóveis.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa no caso do *caput*, e o funcionário público no caso dos § § 1º e 2º; sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, a pessoa lesada.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** adulterar (falsificar, mudar) ou remarcar (pôr marca nova) número do chassi (estrututa de aço sobre a qual a carroceria é montada) ou outro sinal identificador (marca ou traço que possibilita autenticar ou reconhecer alguma coisa, a exemplo da placa e da plaqueta), componente ou equipamento de veículo automotor. O § 1º prevê figura majorada (agente que comete o crime no exercício de função pública ou em razão dela). O § 2º prevê uma forma de participação, quando o funcionário público contribui (presta auxílio, colabora) para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial. Para o STF, ***“a conduta de adulterar a placa de veículo automotor mediante a colocação de fita adesiva é típica, nos termos do art. 311 do CP”*** (RHC 116371). Se o agente altera o número do chassi ou placa **no próprio documento do veículo**, caracteriza-se falsificação de documento público. Se o agente não adulterouo chassi, o simples fato de dirigir o veículo com chassi adulterado não configura o presente delito. Esse mesmo agente, contudo, pode responder por receptação, caso apurado que o carro era roubado ou furtado e que ele sabia disso.

**4. Tipo subjetivo:** dolo, não se exigindo que o agente saiba que o veículo é produto de crime. Na modalidade do § 2º, o funcionário deve ter consciência de que se trata de veículo remarcado ou adulterado.

**5. Consumação e tentativa:** consuma-se com a **efetiva** remarcação ou alteração (crime material), independentemente da produção de qualquer resultado ulterior. Não exige a finalidade de ocultar a origem criminosa. Caso o veículo seja de origem criminosa e o agente proceda à adulteração, responde pelo presente crime e por receptação. Se não for de origem criminosa, responde apenas pelo delito em análise. Admite-se tentativa.

**FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO (art. 311-A)**

**1. Bem jurídico tutelado:** fé pública na lisura dos certames mencionados no tipo penal.

**2.** **Sujeitos:** sujeito ativo é qualquer pessoa (crime comum); sujeito passivo é, primariamente, o Estado e, de forma secundária, as instituições e pessoas lesadas.

**3. Tipo objetivo e objeto material:** por óbvio, os certames de interesse público pressupõe **sigilo em relação ao conteúdo das questões** que serão objeto de prova. Nessa linha, o tipo alcança quem divulga o **conteúdo sigiloso da prova** a candidatos ou a terceiro, bem assim aquele que permite ou facilita o **acesso de pessoas não autorizadas** a esse conteúdo e, ainda, aquele que utiliza essas informações (**candidato**). A figura alcança conteúdo sigiloso de concurso público, avaliações ou exames públicos (ENEM, por exemplo), processos seletivos para ingresso no ensino superior e exames ou processos seletivos previstos em lei (OAB, por exemplo). O **candidato** que obtém a informação maliciosamente responde pelo delito na modalidade utilizar, podendo o juiz aplicar-lhe, como pena substitutiva à prisão, dentre outras, a interdição temporária de direitos consistente na **proibição de inscrever-se em concursos, avaliações ou exames públicos** (art. 47, V, do CP). Se o **professor de cursinho**, sabedor das questões que serão cobradas, aborda os temas pertinentes em suas aulas, **os alunos que estavam de boa-fé, desconhecendo a violação do sigilo, não respondem pelo crime em questão**, mas o concurso deve ser anulado.

**4. Tipo subjetivo:** dolo, exigindo especial fim de agir consistente na intenção de beneficiar a si próprio ou a terceiro, ou, ainda, comprometer a credibilidade do certame.

**5. Consumação e tentativa:** a divulgação se consuma no momento da transmissão do conteúdo, ainda que o destinatário não consiga fazer uso da informação. Na modalidade utilização não exige a obtenção de êxito no concurso, tampouco que a prova não seja anulada. Admite tentativa.

**6. Figura majorada:** se o crime for cometido por funcionário público, há majoração da pena. Se o funcionário público tiver agido por vantagem indevida, haverá concurso material com a corrupção passiva. Antes desse tipo, a conduta do funcionário que devassava sigilo de concurso era enquadrada na violação de sigilo funcional, delito que, atualmente, fica absorvido pelo tipo especial em questão.

**7. Figura qualificada:** prevista na hipótese de a conduta gerar dano à Administração Pública. O dano deve ser **econômico**, como, por exemplo, o resultante da anulação do certame, que demanda a realização de novas provas, com todos os custos a isso inerentes.

**ITEM A: Teoria do Tipo Culposo**

Obras consultadas:

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. In “Curso de Direito Penal.” Parte Geral. Editora Campos. 2012. p. 195-202.

Livro complementar – PRADO, Luiz Regis. In “Curso de Direito Penal Brasileiro.” Vol. 1. 12ª ed. Revista dos Tribunais, 2013.

Legislação Básica:

Não Informou

**TEORIA DO TIPO CULPOSO.**

A noção de culpa diz respeito à inobservância do dever objetivo de cuidado, em uma conduta que produza um resultado não desejado, mas objetivamente previsível.

A definição de crime culposo é pois mais complexa do que a previsão legal (art. 18, II, do CP). Pode-se dizer que há crime culposo nos casos em que o agente, violando o cuidado, a atenção ou a diligência a que estava adstrito, causa o resultado que podia prever, ou que previu, supondo, no entanto, levianamente, que não ocorreria.

A estrutura do crime culposo, diferentemente daquela relativa ao crime doloso, engloba: conduta humana, resultado e nexo de causalidade, além de compreender a imputação objetiva.

No tipo culposo, a finalidade em si serve apenas no injusto culposo para definir a ação praticada e desse modo identificar a norma objetiva de cuidado, segundo Prado. (p. 416). Ademais, a censura penal reside exatamente na infração ao dever objetivo de cuidado. Por fim, como a infração a uma norma de cuidado, é elemento normativo do tipo, não pertencendo propriamente ao tipo subjetivo, nem sendo elemento normativo do tipo de injusto doloso. Não há, no delito culposo, a bipartição do tipo em tipo subjetivo e tipo objetivo. (Prado 417).

I – ELEMENTOS DO CRIME CULPOSO: conduta lícita, previsibilidade, inobservância das normas de atenção, cuidado ou diligência e resultado.

1 - Conduta lícita: o agente causa o resultado porque atuou sem observar as normas de atenção, cuidado ou diligência impostas pela vida de relação, tendo-se em vista as circunstâncias do fato concreto. A vontade não é lícita.

A ação que desatenda ao cuidado e à atenção adequados, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, provocando o resultado, é típica, embora trate-se de conduta, em tese, lícita, que somente adquire status de ilícita por conta do resultado que deu causa.

O núcleo do tipo no crime culposo é normativo, consistindo na divergência entre a ação efetivamente realizada e a que devia realmente ter sido observada, em virtude da inobservância do dever objetivo de cuidado. Trata-se de um tipo aberto, que será fechado pela avaliação do caso concreto.

A conduta, isto é, o fim perseguido pelo autor é geralmente irrelevante (dirigir o carro para a casa, por exemplo), mas não os meios escolhidos ou a forma de sua utilização (dirigir um carro em precárias condições; em excesso de velocidade ou avançando os sinais de trânsito).

2 - Previsibilidade: é exigível o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma pessoa razoável e prudente (homo medius), nas condições em que o agente atuou (previsibilidade objetiva).

Todavia, para estabelecer reprovabilidade pessoal, é necessária a previsibilidade para o agente, nas circunstâncias concretas em que atuou e tendo-se em vista suas condições pessoais (previsibilidade subjetiva). A previsibilidade objetiva, todavia, é o limite mínimo da ilicitude nos crimes culposos.

3- Inobservância das normas de atenção, cuidado ou diligência: o Código Penal apresenta alguns:

A) Imprudência

É a prática de uma conduta arriscada ou perigosa (caráter comissivo).

B) Negligência

É a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente que, podendo agir com cautela, não o faz (imprevisão passiva, desleixo).

C) Imperícia

É a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimento técnico para exercício de arte, profissão ou ofício (erro profissional e os limites do conhecimento humano).

4 - Resultado: corresponde à lesão do bem jurídico e tem de estar em relação de causalidade com ação ou omissão contrária ao dever de cuidado. Se assim não for, o fato não pode ser imputado ao agente.

A inevitabilidade do resultado exclui a própria tipicidade, visto que a inobservância do cuidado devido deve ser causa do resultado em caso de crime culposo.

**II – ESPÉCIES DE CULPA**. Culpa consciente e inconsciente.

A culpa consciente ou culpa com previsão é aquela em que ocorre a efetiva previsão do resultado (sem aceitar o risco de produzi-lo). No caso, o autor, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê o resultado, que era previsível, mas confia convictamente que ele não ocorrerá – é a previsão do previsível, mas não tolerável.

Diferentemente, a culpa será inconsciente se o agente não tiver previsto o resultado que poderia e deveria ter previsto. Tendo em vista que previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum, na culpa inconsciente, também chamada de culpa sem previsão. No caso, apesar da previsibilidade, não há a previsão, por descuido, desatenção ou simples desinteresse – é a imprevisão do previsível.

Essa distinção, em princípio, é irrelevante, embora alguns autores afirmem que a culpa consciente é mais grave que a inconsciente.

**III – CULPA IMPRÓPRIA**.

A culpa imprópria é, na verdade, uma conduta dolosa à qual a lei reservou a pena de um crime culposo, pelo fato de a pena do crime culposo ser mais branda do que a do crime doloso. É a que ocorre com as descriminantes putativas, que decorrem de erro sobre a legitimidade da ação realizada (art. 20, § 1o, 2a parte, do CP).

**IV – DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE**.

Dolo eventual e culpa consciente apresentam um traço comum, que, por conseguinte, dificulta a sua distinção: em ambos os casos, o agente prevê o resultado. No dolo eventual, o indivíduo não se importa com o resultado. Já na culpa consciente, o autor da infração penal não acredita que o resultado pode advir.

Em outras palavras, no dolo eventual, o agente é vil. Na culpa consciente, tolo.

1) teorias cognitiva: São teorias onde prepondera o aspecto da previsão (a consciência sobre o resultado).

A) Teoria da possibilidade

A mera representação da possibilidade do resultado típico já constituiria dolo, porque tal representação deveria inibir a realização da ação; a não representação dessa possibilidade constituiria culpa inconsciente. Por esta teoria, não haveria, na verdade, a figura da culpa consciente.

B) Teoria da probabilidade

Define o dolo eventual pela representação de um perigo concreto para o bem jurídico.

Haverá dolo eventual quando o perigo se demonstra próximo ao bem jurídico; se o perigo estiver longe do bem jurídico, será caso de culpa consciente.

2) teorias volitivas: Para os adeptos dessa corrente, há de preponderar a vontade sobre a previsão.

A) Teoria do consentimento ou da assunção:

Define o dolo eventual pela atitude de concordância ou aprovação do resultado típico previsto, na parte intelectiva, como possível. É a teoria adotada pelo Código Penal, consoante o disposto no art. 18, I, 2a parte (“assume o risco de produzir o resultado”).

Caso o agente não assuma o risco, inobstante representá-lo, responderá pelo resultado a título de culpa consciente.

B) Teoria da indiferença

Segundo esta corrente, evidencia-se o dolo eventual pela atitude de indiferença ou neutralidade do agente relativamente ao resultado previsto. Ele não deseja, mas considera sua ocorrência como algo indiferente. A rigor, tem-se que as duas percepções, isto é, a assunção e a indiferença, não são volitivamente distantes. Em outros termos, “assumir o risco” do resultado ou tê-lo como “nem bom nem mau” são experiências sensoriais assemelhadas.

C) As fórmulas de Frank.

Reinhard Frank desenvolveu algumas fórmulas para compreensão da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Tais fórmulas podem auxiliar a esclarecer essa diferença.

Segundo ele, o agente atua com culpa consciente quando expressa o seguinte pensamento: se soubesse que o resultado se produziria com certeza, não atuaria. Por outro lado, agiria com dolo eventual, na seguinte hipótese: seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, em qualquer forma atuo.

**V – CONCORRÊNCIA E COMPENSAÇÃO DE CULPA**.

Havendo concorrência de culpas, isto é, cada um violando o seu dever de cuidado, haverá a punição isolada de cada autor (autoria colateral).

Exemplo:

“A” e “B” dirigem seus respectivos veículos com excesso de velocidade, causando um acidente onde ambos saem feridos. Os dois respondem pelo fato culposo, um em relação aos ferimentos do outro.

Da mesma forma, eventual culpa concorrente da vítima (exemplo: atravessar fora da faixa de pedestre) não exclui a do agente (que avançara o sinal vermelho). Só há a exclusão quando ocorrer a culpa exclusiva da vítima. A culpa da vítima deve, no entanto, ser considerada na medida da pena. Somente a culpa exclusiva da vítima isenta o agente de responsabilidade penal.

**VI – CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO.**

Crime preterdoloso (ou preterintencional) é aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito.

Crime preterdoloso é espécie do gênero crimes qualificados pelo resultado, sendo que o resultado que agrava a pena pode se dar a título de dolo ou culpa (vide, por exemplo, art. 157, § 3o, do CP).

**VI – DELITO CULPOSO E IMPUTAÇÃO OBJETIVA. (PRADO, p. 423-5).**

Nos crimes culposos a tipicidade é analisada sob aspectos normativos.

Assim, nos delitos culposos, a relação de causalidade entre a ação do sujeito e o resultado produzido somente estará abarcada pelo tipo de injusto se estiverem presentes três filtros ou fases normativas: previsibilidade objetiva; o resultado produzido é consequência da infração de um dever objetivo de cuidado; e relação de causalidade deve ser penalmente relevante ou típica (fim de proteção da norma).

a) previsibilidade objetiva – o resultado produzido deve ser objetivamente previsível.

b) comprovação de que o resultado produzido é a consequência da infração de uma dever objetivo de cuidado. As normas de cuidado estabelecem limites dentro dos quais a conduta pode ser realizada. Para a configuração de um tipo culposo, e para que a relação de causalidade nesse âmbito possa merecer relevância penal, é preciso que o resultado produzido seja consequência precisa ou exata da infração da norma de cuidado objetivamente devido pelo agente.

c) a relação de causalidade deve ser penalmente relevante ou típica, e para isso é necessário comprovar que o resultado produzido no mundo do ser pertence à categoria ou à espécie de resultados que a norma de cuidado pretende evitar: o fim de proteção da norma.

No campo dos delitos culposos, assume relevante a teoria da adequação social, visto que o critério do dever objetivo de cuidado traça os limites dentro dos quais não se podem constatar a ilicitude.

**ITEM C: Crimes contra a paz pública e organizações criminosas.**

Obras consultadas:

Arthur Gueiros e Carlos Adriano Japiassú. Curso de Direito Penal. Elsevier. 2012

Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 16ª edição. Saravia. 2011

Rogério Greco. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 7ª edição. Impetus. 2006

Legislação Básica:

Não Informou

**1. Considerações gerais.**

**Crimes comissivos:** violam normas que proíbem determinada atividade (normas proibitivas). **Crimes omissivos próprios:** violam normas que impõem comportamento ativo (normas imperativas). A **infração** de normas imperativas – o que constitui a **essência dos delitos omissivos** – ocorre com a **abstenção da atividade devida**. **Mezger:** *sem a ação esperada* (conduta devida) *não é possível falar de omissão em sentido jurídico*. **Radbruch:** *ação e omissão não são categorias homogêneas (“A” e B”), mas sim* ***heterogêneas*** *(“A” e “não A”), sendo a* ***ação*** *uma categoria ontológica e a* ***omissão*** *uma categoria axiológica (valorativa).* É dizer, no **plano ontológico** existem somente ações, razão pela qual **o conceito de omissão é essencialmente normativo**, pressupondo a existência que norma que imponha a ação omitida (Fragoso).

Omissão é **abstenção de atividade** que o agente **podia** *e* **devia** realizar. A observação do comportamento humano releva apenas atividade ou inatividade corpórea. **Isso não é suficiente para identificar a omissão**, que envolve sempre a necessidade de um **termo de relação**. **Somente conhecendo a existência de um dever jurídico de agir é que se pode saber se houve omissão**. **O dever de agir é, pois, essencial à omissão**.

**Crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios):** quando o agente **viola norma imperativa secundária**, derivada da norma proibitiva, que lhe impõe o dever de agir **para evitar determinado resultado**. Em **ambas** as modalidades de omissão (própria e imprópria) **há um dever de agir**. Esse dever é sempre decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos.

**Omissão pura ou própria:** dever geral, imposto a todos que se encontrem diante do caso concreto (dever legal de assistência). **Omissão imprópria:** dever decorre de uma situação especial que obriga o agente a afastar o resultado (dever de impedir o resultado).

**2. A causalidade na omissão.**

**Não** **há causalidade física (material)** entre a omissão e o resultado, pois, do nada, nada surge (*ex nihilo nihil fit*). A **causalidade**, como categoria do ser, requer uma **verdadeira fonte de energia capaz de iniciar o desencadeamento de forças**, o que falta à omissão. O **art. 13, *caput*, 2ª parte, do CP** é atécnico, pois, ao considerar causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, aproxima-se de um **conceito mecanicista de omissão**. O **art. 13, § 2º, do CP** é técnico, pois, ao considerar como omissão a violação do dever de evitar um resultado, elege um **conceito normativo de omissão**.

**Na ação não há nexo de causalidade, mas sim nexo de não impedimento** (Bittencourt). A omissão se vincula ao resultado não pela sua causação, mas sim pelo seu não impedimento, o qual é **alçado juridicamente à condição de causa**, como se fosse causa real. Mas essa **relação de não impedimento** **somente é decisiva para a tipificação do crime omissivo impróprio**, pois na omissão própria não há relação entre conduta e resultado. Na omissão pura, a simples abstenção da atividade devida já tipifica o delito.

**Somente se o tipo omissivo próprio albergar formas majorantes ou qualificadas em consequência de fato subsequente (ex.: omissão de socorro qualificada pela morte) é que essa relação de não evitação necessitará ser verificada.** Nessa situação específica, **a obrigação do agente era de agir, e não de evitar o resultado**, sendo-lhe atribuída a majorante pelo **desvalor do resultado**. Deve-se aqui fazer um **juízo hipotético de acréscimo**, indagando se, mesmo se o autor tivesse agido, o resultado teria ocorrido. Em caso positivo, o resultado não pode ser atribuído ao omitente.

**3. Tipos omissivos próprios.**

São delitos de **mera conduta**, pois se perfazem com a **simples abstenção do dever legal de agir** previsto na norma penal incriminadora, **independentemente da produção de qualquer resultado naturalístico.** Há a omissão de um dever de agir que **era possível cumprir sem risco pessoal**. Em regra, são **crimes de perigo** e os seus tipos penais têm como **núcleo** o verbo ***“deixar de”***. Algumas normas penais podem ser infringidas **tanto por ação**, **quanto por omissão** – **desobediência (art. 330)**: a ordem desobedecida pode impor tanto ação, quanto omissão. Além disso, **condutas omissivas próprias podem integrar** **tipos mistos alternativos** – **prevaricação (art. 319):** retardar (conduta comissiva) ou deixar de praticar (conduta omissiva pura) ato de ofício.

**Aspecto objetivo:** exige ***(i)*** dever transgredido por inação ou realização de ação diversa da exigida e ***(ii)*** possibilidade concreta de ação.

**Aspecto subjetivo:** o dolo exige ***(i)*** conhecimento da situação típica e da ***(ii)*** possibilidade real de intervenção, que é voluntariamente desatendida. De regra, **a culpa não é prevista nos crimes omissivos próprios.** **Exceções:** CDC, artigos 63, §2º (*“omissão culposa de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”*) e 66, § 2º (*“omissão culposa de informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços”*).

Em obediência ao princípio da reserva legal, estão **previstos em tipos penais específicos**, ou seja, o legislador faz expressamente a previsão típica da conduta que deve ser imposta ao agente. Isso não ocorre com os crimes omissivos impróprios, que **não têm uma tipologia específica** (são tipos abertos), inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, circunstância que, como se verá a seguir, é **criticada** por alguns autores minoritários.

**Não admite tentativa**, pois se trata de **delito unissubsistente** (delito com um único ato executório), ou seja, o momento consumativo da omissão não é fracionável.

**Não admite coautoria ou participação**. Se 50 nadadores assistem impassíveis ao afogamento de uma criança, **todos terão se omitido, mas não comunitariamente** (Armim Kaufmann). **Cada um** será autor colateral de omissão.

**Não há autoria mediata em crime omissivo**. Se alguém impede a ação salvadora, pratica **crime comissivo**, pois terá causado naturalisticamente um resultado. Também haverá **crime comissivo** se o agente instigar outrem a não praticar a ação devida.

**4. Tipos omissivos impróprios.**

São **delitos** **materiais (de resultado)**, pois se perfazem quanto o omitente, pela **posição especial** em que se colocou, **não evita a produção do resultado** a que estava **obrigado a** **impedir**. Sua **grande característica** é o fato de a figura típica correspondente descrever, a princípio, uma conduta comissiva. Todavia, **aliada à norma proibitiva**, que impõe a abstenção do comportamento **a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime**, **há outra norma, de cunho mandamental** – denominada por Novoa Monreal de **norma de dever de segundo grau** –, que exige **daqueles que possuem uma posição especial** em relação ao bem jurídico o **dever de atuar para impedir a ocorrência do resultado**. Assim, ao passo que na **omissão própria** a **tipicidade se opera por meio de uma única norma penal** (a norma incriminadora), na **omissão imprópria** deve existir uma **segunda norma que indica o seleto grupo de pessoas (garantes) que se encontram obrigadas a agir para impedir o resultado**. Esses garantes, segundo Guilhermo Sauer, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. **Enfim, aqui o agente não tem a simples obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado**. Em razão dessa especial relação de proteção com o bem tutelado, o **garante** deve, assim como qualquer pessoa, abster-se de praticar uma conduta que o lese e, **mais do que isso**, agir para evitar que outros processos causais ofendam o referido bem.

**Admite tentativa**, pois, tratando-se de **crime material**, o resultado pode não se verificar por circunstâncias alheias à vontade do garantidor.

É **tormentoso** distinguir os atos preparatórios do início da execução. Para Juarez Tavares, o **início da execução**, nesses crimes, ocorre com a **violação do dever de impedir o resultado**, a qual **deve se manifestar concretamente**, único modo de colocar em perigo o bem jurídico. Na prática, inicia-se a execução com o **escoamento da última chance de se impedir a lesão ao bem jurídico**.

**Não admite coautoria ou participação**. Como esses delitos requerem do agente uma **qualidade especial**, **cada garantidor viola, por si só, o seu dever de agir**, vinculando-se isoladamente ao resultado.

**Pressupostos dos crimes omissivo impróprios:**

***(i) poder de agir:*** além do dever de agir, deve haver **possibilidade física de agir**, **ainda que com risco pessoal**. O dever de impedir o resultado exige **aptidões físicas** e **proximidade entre o sujeito e a vítima**;

***(ii) evitabilidade do resultado:*** deve-se recorrer a um juízo hipotético de eliminação – no caso é mais adequado falar em **juízo hipotético de acréscimo** – e verificar se, com a prática da conduta exigida, o resultado teria ou não ocorrido. Caso se verifique que o resultado teria **ocorrido mesmo que ação fosse praticada**, não se pode considerar a omissão como causa desse resultado, sob pena de consagrar uma **responsabilidade penal objetiva**;

***(iii) dever de impedir o resultado:*** além de o agente poder agir e de existir nexo de não evitação entre a conduta e o resultado, deve-se verificar se ele ostentava a **posição de garante**, ou seja, se ele possuía um especial dever de evitar o resultado.

**5. A posição de garantidor.**

Na **omissão da lei**, a **doutrina** (Mezger) estabeleceu os seguintes parâmetros para caracterizar a posição de garantidor: ***(i)*** fundamentação imediata do dever em virtude de um preceito jurídico **(lei)**; ***(ii)*** fundamentação do dever por especial aceitação **(negócio jurídico ou contrato)**; e ***(iii)*** fundamentação por um fazer precedente **(ingerência)**. Na sua **redação originária**, o CP **nada previa** sobre a posição de garantidor. A **reforma de 1984** acolheu no art. 13, § 2º essa **tríade** **lei**, **contrato** e **ingerência**, já difundida na doutrina, para caracterizar a posição de garante. Logo, o CP adotou o critério das **fontes formais do dever de garantidor**, deixando de lado a **teoria das funções** (Armin Kaufmann), segundo a qual seria garantidor o agente que tivesse relação estreita com a vítima, independentemente da existência de qualquer obrigação legal entre eles. A menção à **relevância da omissão** no art. 13, § 2º, **como se fosse uma exclusividade da omissão imprópria**, é **impertinente**, pois **na omissão pura também se exige igual relevância.**

Alguns sustentam, **minoritariamente**, que o fato de **a definição dos crimes impróprios estar na Parte Geral ofenderia o princípio da legalidade**, pois gera um **tipo penal aberto**, a ser colmatado pelo juiz no caso concreto. Defendem que, como ocorre com os crimes culposos, **deveria existir, na Parte Especial, específicas figuras de omissão imprópria**. Em princípio, **todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão**, com **exceção** daqueles cuja **conduta envolva, necessariamente, um comportamento ativo** (ex.: bigamia).

**Fontes da posição de garantidor:**

***(i) lei*:** dever de assistência dos **pais em relação aos filhos** (artigos 1.596 e 1.634 do CC) ou **entre cônjuges** (artigos 1.566, III e IV, e 1.568, do CC), dever legal das pessoas que, **por exercerem determinadas atividades**, possuem **implícita obrigação** de cuidado, proteção e vigilância do bem alheio (policial, médico, bombeiro, entre outros);

***(ii) assunção voluntária da posição de garantidor*:** **não mais** se entende que essa fonte adviria apenas do contrato ou do negócio jurídico. Sua **essência é a assunção voluntária, de fato, da posição de garantidor**, o que pode se dar **formal** ou **informalmente** (ex.: gesto positivo, acenar a cabeça), de forma **duradoura** ou **transitória**. Logo, com anota Fragoso, **a posição de garantidor não está atrelada às limitações do contrato, nem à sua validade jurídica**;

***(iii) princípio da ingerência*:** agente que, com o **comportamento anterior**, dolosa ou culposamente, voluntária ou involuntariamente, criou ou acentuou **o risco da ocorrência do resultado**.

**Crime comissivo por omissão doloso:** deve haver **consciência da posição de garantidor** – caso contrário, tem-se **erro de tipo**, que exclui o dolo – e **desejo de atingir o resultado de forma oblíqua**, ou seja, pela abstenção. Exemplo: pai deixa de prestar socorro ao filho que está em risco de vida. Se não identificou que era seu filho, responde por omissão de socorro, e não por delito comissivo (erro de tipo). **Atenção:** o **erro** sobre o dever de impedir o resultado, quanto inevitável, configura **erro de proibição**.

**Crime comissivo por omissão culposo:** o agente **viola duas ordens normativas**, vale dizer, ***(i)*** dever de agir e ***(ii)*** dever objetivo de cuidado. Assim, sendo o resultado previsível para todos os que hipoteticamente estivessem na sua posição, o garantidor **se omite não prevendo** (culpa inconsciente) ou **prevendo, mas não aceitando** (culpa consciente), o resultado. Pode haver certa dificuldade em determinar se é caso de **crime culposo comissivo por omissão** ou **crime culposo comissivo**, simplesmente. Duas situações:

**(a) conduta omissiva seguida de conduta comissiva:** será **crime culposo comissivo** quando o resultado pode ser relacionado a uma conduta ativa imediatamente anterior a ele, ficando a omissão como conduta remota. Ex.: em local onde há epidemia de tifo, agente não ferveu a água (conduta omissiva remota) e oferece (conduta ativa imediatamente anterior ao resultado) copo a outra pessoa, que bebe, contrai tifo e morre. Lado outro, será **crime culposo comissivo por omissão** quando o resultado pode ser relacionado a uma conduta omissiva imediatamente anterior a ele, ficando a conduta ativa como remota;

**(b) conduta comissiva seguida de conduta omissiva:** aqui há a clássica **omissão imprópria** do art. 13, § 2º, c, do CP, pois o que **se relaciona ao resultado** não é a primeira conduta (comissiva), mas sim **a posterior omissão**. Ex.: agente deixa remédios ao alcance de uma criança (conduta ativa anterior) que os ingere e passa mal, sendo certo que, ao perceber a situação, nada faz (conduta omissiva), vindo a criança a falecer. **Nesses casos o crime (comissivo por omissão) não será necessariamente culposo.** No exemplo, a conduta ativa anterior foi **culposa**, mas a omissão foi **dolosa**, caracterizando, assim, homicídio doloso. **Atenção:** nos casos específicos de **homicídio culposo** e **lesão corporal culposa**, a **omissão culposa precedente, lesando vida ou integridade física, não transforma o agente em garantidor**, haja vista a **especialidade** das majorantes previstas nos artigos 121, § 4º e 129, § 7º, do CP e, se houver omissão de socorro, não estará caracterizado o art. 135, mas sim essas referidas majorantes.

1. CUIDADO: como registrado no item “organização”, a tendência é o crescimento da ideia do que tem se chamado de MP Resolutivo: trata-se de um MP que atua preventivamente e procurando, sempre que possível, resolver as situações prescindindo do Judiciário, superando, assim, os conhecidos problemas relacionados às demandas, mormente a morosidade. Pretende-se superar, outrossim, um MP Parecerista, que muitas vezes se debruça sobre causas sem maior relevância social, terminando por prejudicar seu *múnus* constitucional essencial. [↑](#footnote-ref-1)
2. Pela análise de provas anteriores, pode-se afirmar que a probabilidade da cobrança de uma questão direta sobre a matéria é muito pequena. Entretanto, a apreensão da expressão pode ser fundamental tanto para bem compreender um enunciado como para a elaboração da dissertação. [↑](#footnote-ref-2)
3. Direito formalmente constitucional: é aquele assim declarado pela constituição. Direito materialmente constitucional: é aquele que se relaciona com as decisões políticas fundamentais da comunidade política, não precisando necessariamente estar declarado. A **diferenciação remonta a Carl Schmitt, para quem somente os direitos materialmente constitucionais seriam constituição e teriam um regime diferenciado.** [↑](#footnote-ref-3)
4. Apesar de retórica ser coincidente, vale mencionar que todo o problema, para esta correte, gira em torno de definir o que é o mínimo existencial, sendo alguns mais pródigos (SARLET) e outros mais restritivos (RICARDO LOBO TORRES). [↑](#footnote-ref-4)
5. Também se usam expressões como **princípio da não reversibilidade**, princípio da **proibição de regressividade, princípio da proibição/vedação de retrocesso, efeito cliquet**(essa última usada por José Adércio Sampaio Leite e cobrada em teste objetivo de provas anteriores do MPF). [↑](#footnote-ref-5)
6. No âmbito do MPF o argumento foi explicitamente utilizado na ADI promovida pelo PGR contra a lei estadual de Santa Catarina que previa áreas de reserva legal inferiores àquelas do Código Florestal. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#endnote-ref-1)
8. Legitimados universais: podem impugnar, em ADIN, qualquer matéria, sem necessidade de demonstrar nenhum interesse específico. São legitimados universais o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o PGR, o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos;

Legitimados especiais: precisam demonstrar pertinência temática. São legitimados especiais as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do DF e os Governadores dos estados e do DF. Merece lembrar que, apesar disso, o Governador de um Estado pode impugnar lei de outro Estado, desde que comprove o reflexo da norma sobre sua respectiva unidade federada (é comum essa hipótese em matéria de ICMS) [↑](#footnote-ref-7)
9. Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários.

§ 1º - Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias.

§ 2º - Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação. [↑](#footnote-ref-8)
10. LRF, Art. 59.O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:

        I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;

        II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;

        III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;

        IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;

        V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;

        VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

        § 1o Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

        I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4o e no art. 9o;

        II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

        III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

        IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

        V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

        § 2o Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.

        § 3o O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2o, 3o e 4o do art. 39. [↑](#footnote-ref-9)
11. Luís Roberto Barroso e Lênio Streck sustentam que a decisão que conclui pela constitucionalidade do ato não se reveste da autoridade da coisa julgada material, podendo o STF reapreciar questão já definitivamente julgada se ela retornar à sua análise sob nova roupagem. Outros, como Fredie Didier, afirmam que isso se dá porquanto a decisão se submete à cláusula “rebus sic stantibus”. [↑](#footnote-ref-10)
12. O relator da ADI 2231 deu interpretação conforme ao art. 1º, par. único, I, da Lei 9.882, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente postas em juízo. No entanto, o julgamento final da medida liminar encontra-se suspenso em virtude de pedido de vista (Informativo STF, n. 253, de 3 a 7 de dez./2001). [↑](#footnote-ref-11)
13. André Ramos Tavares e Dirley da Cunha Jr. entendem, minoritariamente, que o pressuposto da subsidiariedade somente se aplica à argüição incidental. Em relação à ADPF incidental, também há discussão sobre a possibilidade de a subsidiariedade ser aferida em face de mecanismos ordinários de controle difuso. [↑](#footnote-ref-12)
14. Excerto das ADPFs 187 e 207, subscritas por Deborah Duprat. [↑](#footnote-ref-13)
15. Daniel Sarmento defende que a expressão Poder Público compreende os atos de particulares praticados em razão do desempenho de função pública delegada (SARMENTO, 2002, p. 92). [↑](#footnote-ref-14)
16. Na incidental, prevalece a posição de que só é cabível contra ato normativo. [↑](#footnote-ref-15)
17. Dificilmente os legitimados se valerão da argüição incidental, pois podem lançar mão da modalidade autônoma, que não se submete ao requisito da prévia demonstração de controvérsia constitucional relevante. [↑](#footnote-ref-16)
18. Álvaro de Oliveira também opta pela expressão “direitos fundamentais” em meio a diversas, como direitos humanos, do homem, liberdades fundamentais etc (nota 7 do artigo “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”.) [↑](#footnote-ref-17)
19. Aspecto sublinhado com grande acuidade por Teori Albino Zavascki, Antecipação de Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65. [↑](#footnote-ref-18)
20. Bem jurídico e sujeitos do crime: mesmos da moeda falsa. [↑](#footnote-ref-19)
21. Bem jurídico e sujeitos do crime: mesmos da moeda falsa. [↑](#footnote-ref-20)
22. Bitencourt direciona a esse delito as mesmas críticas tecidas em relação ao delito de petrechos para falsificação de moeda (tipo excessivamente aberto e direito penal de autor). Bem jurídico e sujeitos: mesmos da falsificação de papéis públicos. Sobre tipo subjetivo, consumação e tentativa, vide, *mutatis mutandis*, petrechos para falsificação de moeda. Sobre a majorante (art. 295), vide considerações traçadas sobre a forma qualificada dos crimes assimilados ao de moeda falsa.  [↑](#footnote-ref-21)
23. Tópico integralmente aproveitado do resumo anterior. [↑](#footnote-ref-22)