

# **APOSTILA DE NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

## Conteúdo:

1. Os poderes do Estado e as respectivas funções;
2. Normas Constitucionais;
3. Controle de Constitucionalidade de Atos Normativos;
4. Poder constituinte;
5. Princípios constitucionais;
6. Análise do princípio hierárquico das normas;
7. Princípios fundamentais da CF/88 (art. 1º a 4º);
8. Direitos e garantias fundamentais (art. 5º a 13);
9. Organização político-administrativa do Estado (art. 18 a 36);
10. Administração Pública na CF/88 (art. 37 a 41);
11. Organização dos Poderes. Poder Legislativo; Poder Executivo; Poder Judiciário. O Ministério Público.

# PODERES DO ESTADO E SUAS RESPECTIVAS FUNÇÕES

## A Unidade do Poder

Considerando o poder uma unidade, uma característica do Estado, observa-se que muitos são levados a interpretar equivocadamente a expressão *tripartição do poder*, entendendo o conceito como se os poderes pudessem ser tomados como estanques, daí resultando sérios problemas de argumentação a respeito das atividades estatais. Bem diz o publicista José Afonso da Silva que: “Cumpra, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder* com *divisão ou separação de poderes*, embora entre ambos haja uma conexão necessária.”<sup>1</sup> A distinção se faz entre os órgãos que desempenham as funções provenientes do poder e, existentes nas sociedades.

Dos comportamentos das sociedades, tem-se verificado, ao longo da História, a existência de três funções básicas: a) uma, geradora do ato geral; b) outra, geradora do ato especial e, c) uma terceira, solucionadora de conflitos. As duas funções geradoras de atos diferenciavam-se apenas quanto ao objeto. As duas primeiras encarregavam-se de gerar os atos e executá-los, sendo a terceira, destinada à solucionar os conflitos entre as pessoas e entre estas e o Estado.

Principalmente no chamado Estado Absoluto, essas funções foram identificadas em muitas sociedades. Neste, o exercício do poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa física que o exercia pessoalmente ou por meio de auxiliares, sempre prevalecendo a vontade do soberano. Todas as funções eram desempenhadas pela mesma pessoa de tal forma que essas funções, citadas anteriormente, eram executadas sem que fosse possível imputar responsabilidade ao soberano; este se confundia com o próprio Estado, sendo sua vontade a matriz para todas as atividades estatais.

Ao se admitir a separação dos poderes, a partir do momento em que se transmitia a uma assembleia o exercício da função legislativa, como consequência, resultava na redução do poder do soberano.

Uma forma de se proteger de qualquer abuso era a independência dos órgãos, especialmente aquele responsável pela elaboração do conjunto ordenativo, fato que afasta, em princípio, a preponderância da vontade de uma única pessoa. Com a aplicação prática desse princípio, verificou-se a transformação das monarquias absolutas em sistemas de governo mais limitados, sendo que, a partir disso, desenvolveram-se os regimes parlamentares.

Convém observar que a interpretação literal da expressão *separação dos poderes*, atualmente, não é motivo de discussão, já que estão praticamente bem definidos os conceitos de *Poder* e de *Órgãos* que desempenham suas funções de Poder; em outras palavras, o significado do termo *separação* é compreendida num contexto da moderna teoria do Estado, conforme veremos adiante.

## Funções Típicas e Atípicas dos Poderes

A divisão de poderes, sob a visão do item anterior, é feita através da atribuição de cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva, jurisdicional) a órgãos específicos, que levam as denominações das respectivas funções; assim, temos o **Poder Executivo**, o **Poder Legislativo**, o **Poder Judiciário**. É a sistematização jurídica das manifestações do Poder do Estado.

Para se estruturar a divisão de poderes, utiliza-se como fundamentação dois elementos: especialização funcional e independência orgânica; esta requer a independência manifestada pela inexistência de qualquer meio de subordinação, e aquela, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função.

Dentro dessa visão da separação das atividades estatais, já que não existe a separação absoluta entre os poderes, temos que eles legislam, administram e julgam. Mas cada um deles possui o que se chama função *típica* e *atípica*; aquela exercida com preponderância é a típica e, a função exercida secundariamente é a atípica. A função típica de um órgão é atípica dos outros, sendo que o aspecto da tipicidade se dá com a preponderância. Por exemplo, o **Poder Legislativo** tem a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado — é sua função típica — mas também administra seus órgãos, momento em que exerce uma atividade típica do **Executivo**, podendo, ainda julgar seus membros, como é o caso do sistema brasileiro, assim como a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República é uma função atípica do **Poder Executivo**.

## Independência e Harmonia entre os Poderes

---

<sup>1</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª Edição, editora Malheiros, 2002.

A Constituição Federal de 1988, através da Comissão de Redação, manteve em seu texto a expressão *independentes e harmônicos entre si*, para a caracterização dos Poderes da República, já presentes em Constituições anteriores. Entende-se esse conceito como o desdobramento constitucional do sistema das funções dos poderes, sendo que sempre haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que facultem o exercício harmônico desses poderes, de forma que não existindo limites, um poderia se sobrepor ao outro, inviabilizando a desejada harmonia.

A independência entre os poderes é manifestada pelo fato de cada Poder extrair suas competências da Carta Constitucional, depreendendo-se, assim, que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não necessitam da confiança nem da anuência dos outros poderes. No exercício das próprias atribuições, os titulares não precisam consultar os outros, nem necessitam de sua autorização e que, na organização das atividades respectivas, cada um é livre, desde que sejam verificadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Já em 1891, a primeira Constituição Republicana previu, no seu art. 15, que os poderes fossem três, “harmônicos e independentes entre si”, em conformidade com os princípios de Montesquieu. As demais Constituições que se seguiram, também mantiveram como fundamento a separação dos poderes com harmonia e independência.

No Estado brasileiro, a independência e harmonia pode ser observada na Constituição Federal de 1988, sendo que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; cabe às Casas Legislativas do Congresso e aos Tribunais a elaboração dos seus respectivos regimentos internos, que indicam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia; ao Presidente da República a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. O **Poder Judiciário** atualmente possui mais independência, cabendo-lhe a competência para nomeação de juízes e outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento.

Ao lado da independência e harmonia dos poderes, deve ser assinalado que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas; há interações que objetivam o estabelecimento do mecanismo de freios e contrapesos, que busca o equilíbrio necessário para a realização do bem coletivo, permitindo evitar o arbítrio dos governantes, entre eles mesmos e os governados. No pensamento do publicista Pinto Ferreira, este mecanismo merece destaque especial por corresponder ao “suporte das liberdades.”<sup>2</sup>

Ao **Poder Legislativo** cabe, como função típica, a edição de normas gerais e impessoais, estabelecendo-se um processo para sua elaboração, a qual o **Executivo** tem participação importante: pela iniciativa das leis ou pela sanção, ou ainda, pelo veto. Por outro lado, a iniciativa legislativa do **Executivo** é contrabalançada pela prerrogativa do Congresso em poder apresentar alterações ao projeto por meio de emendas e até rejeitá-lo. Por sua vez, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode ser aplicado a projetos de iniciativa dos deputados e senadores como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em contrapartida, o Congresso Nacional, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, tem o direito de rejeitar o veto, restando para o Presidente do Senado promulgar a lei nos casos em que o Presidente da República não o fizer no prazo previsto.<sup>3</sup>

Não podendo o Presidente da República interferir na atividade legislativa, para obter aprovação rápida de seus projetos, faculta-lhe a Constituição determinar prazo para sua apreciação, conforme prevêm os termos dos parágrafos do art. 64 (CF). Se os Tribunais não podem interferir no **Poder Legislativo**, são, de outro modo, autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República não pode interferir na atividade jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, dependente do controle do Senado Federal que deve aprovar a indicação.

São, portanto, algumas manifestações do mecanismo de freios e contrapesos, característica da harmonia entre os poderes no Estado brasileiro. Isto vem a demonstrar que os trabalhos do **Legislativo** e do **Executivo**, em especial, mas também do **Judiciário**, poderão se desenvolver a contento, se eles se subordinarem ao princípio da harmonia, “que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.”<sup>4</sup> É o pensamento de José Afonso da Silva. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. Em conformidade com o princípio da separação dos poderes, no seu texto, — *Conflito entre*

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 97.

<sup>3</sup> \_\_\_\_\_, Constituição Federal de 1988 art. 66 e §§.

<sup>4</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2002.

*Poderes* — Anna Cândida Ferraz defende a necessidade de um mínimo funcional e um mínimo de especialização de funções. “Se se quer manter a divisão tricotômica da teoria de Montesquieu, deve-se utilizá-la validamente, ao menos para o fim último por ela visado, de limitação do poder e garantia das liberdades.”<sup>5</sup>

### **Idéia para ressaltar**

A independência e harmonia dos poderes, no que tange a divisão de funções entre os órgãos do poder e as suas respectivas independências, não são regras absolutas, portanto há exceções (como os parágrafos acima descrevem). No Estado brasileiro o mecanismo de freios e contrapesos, derivado do princípio da harmonia, é uma característica da harmonia entre os poderes, que como já mencionado, busca o equilíbrio necessário para a realização do bem coletivo, permitindo evitar o arbítrio dos governantes, entre eles mesmos e os governados. Além destas afirmações, diversos doutrinadores conceituados, que estão citados no texto, complementam essa idéia.

### **Indelegabilidade de Funções**

As delegações legislativas foram objeto da doutrina constitucional durante o século passado e o início deste, que admitia o "princípio da proibição", isto é, a tarefa legislativa não poderia ser transferida a nenhuma outra pessoa que não às do **Poder Legislativo**. Evidentemente, a rigidez dessa doutrina não persistiu até nossos dias; haja vista que muitos sistemas constitucionais, nos quais se enquadram o brasileiro, admitem a delegação legislativa com limites bem definidos. Temos, a propósito, na Constituição Federal de 1988, a previsão das chamadas *medidas provisórias e leis delegadas*.

Da própria Constituição e do modelo de Montesquieu, extrai-se que as características fundamentais do poder político são a unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, não obstante, alguns constitucionalistas admitem a impropriedade de admitir os conceitos de divisão e delegação de poderes.

A maior dificuldade apresentada pelo tema da "indelegabilidade de funções" é o de delimitar o campo de atuação de cada poder, assim como os pontos de contato e de comunicação entre as três funções atinentes a cada poder. A regra constitucional prevê a indelegabilidade de atribuições, mas o sistema de freios e contrapesos, utilizado na nossa Constituição, faculta ao Governo as situações em que esse princípio pode ser delineado, ora de forma direta ora indireta.

Ao lado da indelegabilidade de atribuições, a Constituição também veda a investidura em funções de Poderes distintos; quem for investido na função de um dos poderes, não poderá exercer a de outro, conforme preceitua o art. 56 da Constituição que autoriza, sem perda de mandato, deputados e senadores a investidura no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária. Sendo expressa essa autorização, conclui-se que o exercício de funções em poderes distintos não é permitido pela Carta. Essa proibição tem por objetivo resguardar a garantia do desempenho livre das atividades de governo, assim impedindo que um senador possa integrar um Tribunal como o Supremo Tribunal Federal, órgão detentor da competência para julgar os próprios senadores. É indiscutível que essa prática seria de grande prejuízo para a própria estabilidade do sistema político e jurídico do Estado.

De acordo José Afonso da Silva “As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias (...) e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República.”<sup>6</sup>

Vários juristas brasileiros, já neste século, migraram de suas posições na defesa da rigidez do princípio da proibição da delegação legislativa para uma aceitação com definição clara de limites. Alinha-se a esse pensamento o próprio Rui Barbosa que sempre fora contrário à delegabilidade legislativa. Favorável também a esta limitação esteve o então deputado Barbosa Lima Sobrinho, durante a Assembléia Constituinte (1945/1946) na emenda ao projeto de Constituição no sentido de detalhar com clareza a delegabilidade legislativa. Segundo Pinto Ferreira<sup>7</sup>, era a preocupação, quase unânime, que a delegabilidade se constituía em perigo potencial para as instituições democráticas latino-americanas mescladas com traços de caudilhismo.

---

<sup>5</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*, p. 17.

<sup>6</sup> DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 22º Edição, editora Malheiros, 2002.

<sup>7</sup> FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*, p. 101.

# APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

## CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA JURÍDICA

### Introdução

A doutrina clássica classificava as normas constitucionais em auto-executáveis (auto-aplicáveis) e não auto-executáveis. Assim, algumas normas seriam imediatamente aplicáveis e outras não.

O Professor José Afonso da Silva, ao contrário do que entendia a doutrina clássica, afirmou que todas as normas constitucionais, sem exceção, são revestidas de eficácia jurídica, ou seja, de aptidão à produção de efeitos jurídicos, sendo assim todas aplicáveis, em maior ou menor grau.

Para graduar essa eficácia dentro de categorias lógicas, foi proposta a seguinte classificação:

- norma constitucional de eficácia jurídica plena;
- norma constitucional de eficácia jurídica limitada;
- norma constitucional de eficácia jurídica contida.

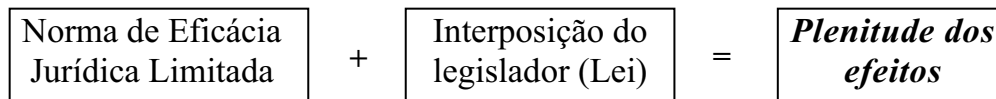
### Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Plena

Também chamada norma completa, auto-executável ou *bastante em si*, é aquela que contém todos os elementos necessários para a pronta e integral aplicabilidade dos efeitos que dela se esperam. A norma é completa, não havendo necessidade de qualquer atuação do legislador (exemplo: artigo 1.º da Constituição Federal de 1988).

### Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Limitada

É aquela que não contém todos os elementos necessários à sua integral aplicabilidade, porque ela depende da *interpositio legislatoris* (interposição do legislador). Muitas vezes essas normas são previstas na Constituição com expressões como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “conforme definido em lei” etc.

A efetividade da norma constitucional está na dependência da edição de lei que a integre (lei integradora). Somente após a edição da lei, a norma constitucional produzirá todos os efeitos que se esperam dela (exemplo: artigo 7.º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que só passou a produzir a plenitude de seus efeitos a partir do momento em que foi integrada pela Lei n. 10.101/00).



A aplicabilidade da norma constitucional de eficácia jurídica plena é *imediate*. No caso da norma limitada, a aplicabilidade total é *mediata*.

O constituinte, prevendo que o legislador poderia não criar lei para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada, criou mecanismos de defesa dessa norma:

- mandado de injunção;
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Conforme já foi dito, somente após a edição da lei, a norma constitucional produzirá *todos* os efeitos que se esperam dela. Assim, a norma de eficácia limitada, antes da edição da lei integradora, não produz todos os efeitos, mas já produz efeitos importantes. Além de revogar as normas incompatíveis (efeito negativo, paralisante das normas contrárias antes vigentes), produz também o efeito impeditivo, ou seja, impede a edição de leis posteriores contrárias às diretrizes por ela estabelecidas.

A norma constitucional de eficácia limitada divide-se em:

- *Norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio programático*: todas as normas programáticas são de eficácia limitada. São normas de organização que estabelecem um programa constitucional definido pelo legislador. Essas normas são comuns em Constituições dirigentes. Exemplos: artigo 196 e artigo 215 da Constituição Federal.

- *Norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio institutivo*: aquelas pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.<sup>1</sup> Exemplo: artigo 98 da Constituição Federal.

### **Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Contida (Redutível ou Restringível)**

A norma de eficácia redutível é aquela que, desde sua entrada em vigor, produz todos os efeitos que dela se espera, no entanto, sua eficácia pode ser reduzida pelo legislador infraconstitucional. Note-se que enquanto o legislador não produzir a norma restritiva, a eficácia da norma constitucional será plena e sua aplicabilidade imediata.

Excepcionalmente, uma norma constitucional pode ao mesmo tempo ser de eficácia limitada e contida, a exemplo do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal.

Exemplo de norma constitucional de eficácia contida é o inciso XII do artigo 5.º da CF, que assim dispõe: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A esta ressalva, constante do dispositivo, a doutrina denomina *cláusula expressa de redutibilidade*.

Mas é preciso ressaltar que nem todas as normas de eficácia contida contêm *cláusula expressa de redutibilidade*. Com efeito, as normas definidoras de direitos não têm caráter absoluto, ou seja, em alguns casos, orientadas pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é permitido ao legislador criar exceções, ainda que a norma não tenha cláusula expressa de redutibilidade. Podemos citar como exemplo o artigo 5.º da Constituição Federal, que garante o direito à vida, entretanto esse direito foi reduzido quando o Código Penal admitiu a existência da legítima defesa. Se a norma garantidora do direito à vida fosse absoluta, não poderia uma norma infraconstitucional restringir esse direito, permitindo a legítima defesa. Outro exemplo que podemos citar de princípio consagrado constitucionalmente que não tem caráter absoluto é o da *presunção de inocência* (artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal). Se esse princípio tivesse caráter absoluto, a prisão preventiva seria inconstitucional.

### **Resumo**

Assim, de acordo com a melhor doutrina, as normas constitucionais podem ter:

Eficácia Plena	Eficácia Limitada	Eficácia Contida
<b>Aplicabilidade imediata</b>	<b>Aplicabilidade mediata</b>	<b>Aplicabilidade imediata</b>
Não exige lei que integre ou modifique a eficácia da norma.	Enquanto lei integradora não sobrevém; a norma não produz seus efeitos principais.	Enquanto a lei não sobrevém, a norma terá eficácia plena.

Por fim, as normas constitucionais podem ser de eficácia exaurida (esvaída) e aplicabilidade esgotada, conforme leciona Uadi Lammêgo Bulos, classificação que abrange sobretudo as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que já efetivaram seus mandamentos.

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## Introdução

O estudo do controle de constitucionalidade é um dos mais importantes e atuais ao qual o jurista pode lançar-se, visto que todo o ordenamento jurídico está embasado na Constituição, sendo impensável a validade de uma norma em confronto com o Texto Ápice. Tal premissa é a garantia da ordem institucional e dos direitos dos próprios cidadãos, vez que os comandos constitucionais não podem ser modificados ao bel-prazer do legislador ordinário. O presente artigo fará uma abordagem histórica do instituto, detendo-se em seguida no controle de constitucionalidade vigente no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

## 1. A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 3), "as constituições escritas são apanágio do Estado Moderno" e esta idéia consolidou-se na segunda metade do séc. XVIII, com a independência americana e com a Revolução Francesa. A necessidade de um documento escrito foi defendida no sentido de garantir a sua permanência, evitando-se a deslembração, bem como a fixidez de seus comandos, posto que sendo a constituição a expressão da vontade legislativa do povo, a qual não se dá com freqüência, não poderia ela ser modificada ao bel-prazer do legislador ordinário. Além disso, estabeleceu-se o princípio de que os comandos constitucionais estão acima das leis ordinárias, visto que a própria constituição traz todo o ordenamento jurídico do Estado, estabelecendo suas atribuições e competências.

Portanto, já nos primórdios do constitucionalismo foram estabelecidos os princípios da supremacia constitucional e de seu corolário, a rigidez constitucional, pois uma constituição que pode ser modificada através do processo legislativo ordinário não está numa posição hierárquica superior às leis ordinárias. Assim, "o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição" (SILVA, 2000, p. 50).

As situações jurídicas podem ser anteriores ou posteriores à promulgação da Constituição. Aos casos anteriores que se encontram em consonância com a Constituição, opera-se o fenômeno da recepção, enquanto para os inconformes à Constituição opera-se o fenômeno oposto, a não-recepção ou a revogação da norma. Já as situações jurídicas formadas após a promulgação da Lei Magna podem ser elas constitucionais ou inconstitucionais, caso sejam conformes ou inconformes à Constituição.

Dessa forma, a idéia da existência do controle de constitucionalidade está intimamente ligada ao princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, além de estar ligada à defesa dos direitos fundamentais e à própria rigidez constitucional. Em obediência a esses princípios, uma norma infraconstitucional não pode afrontar preceitos contidos na Norma Ápice, nem modificá-los ou suprimi-los.

Controle de constitucionalidade significa a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a constituição. É o que José Afonso da Silva chama de conceito da compatibilidade vertical. Esta verificação dá-se tanto no plano dos requisitos formais quanto dos requisitos materiais. No plano dos requisitos formais, verifica-se se a norma foi produzida conforme o processo legislativo disposto na Constituição. No plano dos requisitos materiais, verifica-se a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a matéria constitucional. Havendo qualquer inobservância do processo legislativo constitucionalmente definido, por exemplo, lei complementar aprovada por maioria simples, ou lei ordinária versando sobre aumento do funcionalismo público cujo projeto seja de autoria de um parlamentar, ou disciplinando a norma uma matéria de forma inconforme à Constituição, tal norma é inconstitucional.

Conhece-se hoje basicamente dois sistemas de controle de constitucionalidade, o difuso e o concentrado. No primeiro, qualquer juiz, em qualquer instância pode apreciar a constitucionalidade de uma norma ou ato normativo, enquanto no segundo, esta atribuição só é conferida a uma determinada corte ou órgão administrativo.

## 2. O surgimento do controle judicial de constitucionalidade difuso

O controle de constitucionalidade difuso tem uma origem no mínimo inusitada, visto ter surgido em um sistema constitucional que não o prevê expressamente, como é o caso do sistema americano. Entretanto, esse sistema já apontava para a possibilidade dessa construção. Diferentemente da tradição inglesa de reconhecimento da soberania do parlamento, a doutrina construída pelos norte-americanos desenvolveu uma técnica de atribuir um valor superior da Constituição frente às leis ordinárias. Assim, já em 1780 o Chief-Justice Brearley do Supremo Tribunal de New Jersey decidiu que

a corte tinha o direito de sentenciar sobre a constitucionalidade das leis. Semelhantemente, outros tribunais também firmaram entendimento no mesmo sentido: Virgínia, em 1782; Rhode Island, em 1786; Carolina do Norte, em 1787; em Nova Iorque o tribunal refutou uma lei que diminuía para seis o número de jurados, por considerá-la inconstitucional (MAGALHÃES, sem data, p. 2).

A construção do controle de constitucionalidade difuso, porém, não se deu através de altas indagações teóricas e acadêmicas, mas de um conflito entre grupos políticos pelo poder, conflito este que gerou uma crise de autoridade entre o Executivo e o Judiciário. É até irônico que um mecanismo tão importante para a democracia e para a afirmação do estado democrático de direito tenha nascido de uma situação tão espúria, visto que o juiz que julgou o caso tinha interesse direto na solução do caso.

O caso deu-se, resumidamente, da seguinte forma. Em 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, do Partido Federalista, foi derrotado nas urnas por Thomas Jefferson, da oposição republicana. Antes de deixar o cargo, no início de março de 1801, o presidente Adams deu partida em um verdadeiro "trem da alegria", nomeando seus correligionários para diversos cargos públicos, inclusive os vitalícios do Poder Judiciário, como foi o caso de seu Secretário de Estado, John Marshall para a Suprema Corte. Marshall, entretanto, permaneceu no cargo de secretário de estado até o último dia do mandato de Adams, tendo sido por este incumbido de distribuir os títulos de nomeação assinados pelo presidente a todos os indicados a cargos públicos. Marshall, contudo, não conseguiu desincumbir-se da tarefa a contento.

William Marbury fora nomeado Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito Columbia. Ele, entretanto, foi um dos que não receberam o título de nomeação assinado pelo presidente Adams. O novo presidente, Thomas Jefferson, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os títulos remanescentes do governo anterior. Entendia o presidente que a nomeação não estava completa, pois faltara a entrega da comissão, quando o ato se perfectibilizaria. Inconformado por não ter tomado posse, Marbury pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *writ of mandamus* diretamente junto à Suprema Corte.

Em vista da complexidade política do caso, a Suprema Corte não julgou o caso. Sua inércia causou indignação da imprensa, que influenciou a opinião pública. Em 1802, tanto na imprensa quanto no Congresso, a Suprema Corte foi violentamente atacada, aventando James Monroe, inclusive, a possibilidade de *impeachment* de seus juizes. A situação agravou-se quando o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia ocasionar uma crise entre os poderes, insinuando que o executivo poderia não cumprir uma decisão do Judiciário. Para o Judiciário, por sua vez, indeferir simplesmente o pleito lhe traria um desgaste e um descrédito impensáveis, arranhando-lhe a posição de Poder independente.

Em 1803 era presidente da Suprema Corte o Juiz John Marshall, exatamente o secretário de estado do presidente Adams que não entregara a Marbury seu título de nomeação. Apesar da situação ético-jurídica muito grave, tendo ele interesse pessoal no caso, Marshall decidiu: reconheceu, quanto ao mérito, o direito de Marbury de tomar posse no cargo, mas não concedeu a ordem de que fosse cumprida a decisão em face de uma preliminar: julgou inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir ordem de *mandamus*. Argumentou Marshall que a Constituição fixara a competência da Suprema Corte e somente ela poderia estendê-la, sendo inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse.

"Reconheceu-se, assim, que a Corte poderia interferir nos textos legislativos contrários à Constituição, demonstrando que a interpretação das leis terá que ser *in harmony of the Constitution*" (MATTOS, 2004, p. 5).

Inquestionavelmente foi uma manobra política de Marshall mediante a qual reconhecia o direito de Marbury de ser empossado, mas negava-lhe a ordem de cumprimento, com o que evitava que sua ordem viesse a ser descumprida, não dando causa a uma crise maior. Entretanto, seu raciocínio estabeleceu o precedente de que a lei ordinária pode ser declarada inconstitucional, criando o controle judicial de constitucionalidade difuso, pois "se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito" (FERREIRA FILHO, 1999, p. 37), ou seja, não obrigavam os particulares, pois que nulas. Em seu arrazoado, Marshall demonstrou que já que cabe ao judiciário dizer o que é o direito, também a ele cabe julgar acerca da constitucionalidade de uma lei, pois se duas leis entram em conflito, cabe ao juiz definir qual delas deve ser aplicada. Semelhantemente, se uma lei entra em conflito com a Constituição, cabe ao juiz decidir se aplica a lei, violando a Constituição, ou se aplica a Constituição, recusando a lei.

A formulação do juiz Marshall criou o controle judicial de constitucionalidade pelo método difuso ou incidental, no qual qualquer juiz pode apreciar, no caso concreto, a conformidade da lei à Constituição. Entretanto, o controle judicial de constitucionalidade não se resume ao critério difuso.



### 3. O surgimento do controle judicial de constitucionalidade concentrado

O controle judicial de constitucionalidade concentrado, por sua vez, não teve uma origem tão rumorosa, mas nasceu da influência de um dos maiores juristas da História do Direito. Hans Kelsen formulou o conceito da hierarquia das normas, segundo o qual, há uma norma fundamental da qual todas as demais derivam e com ela devem estar em harmonia. No Direito Positivo, portanto, há também uma hierarquia normativa, formulando o mestre austríaco a concepção da pirâmide das leis, na qual a Constituição ocupava o seu ápice.

Em vista dessa concepção, não se podia conceber a existência de uma norma inferior cujos dispositivos confrontassem a Constituição, norma superior. Em 1914, assentou Kelsen em sua monografia *Über Staatsunrecht* os pressupostos metodológicos que embasariam sua obra Teoria Pura do Direito. Nesse trabalho, Kelsen discutindo a questão relativa à promulgação de lei formulada sem a observância do trâmite legislativo definido na Constituição ou sem a observância dos pressupostos constitucionais, não era um injusto nem um ato estatal viciado, mas um nada jurídico (MENDES, 1990, p. 19).

Aliando a teoria kelseniana da hierarquia das normas com as influências das idéias revolucionárias francesas de controle de constitucionalidade político, prévio e concentrado, em 1920 foi criado na Áustria um órgão especial de caráter constitucional, ou seja, a Corte Constitucional, de caráter jurídico-político, encarregado de efetuar o controle concentrado *in abstracto* das leis.

A razão principal do surgimento do controle concentrado foi que o sistema americano de controle de constitucionalidade "revelou dois inconvenientes principais: a deseconomia e a instabilidade jurídicas" (BARROS, sem data, item 9). A deseconomia revela-se principalmente no campo processual, pois, solucionando a inconstitucionalidade caso a caso, em concreto, com efeito meramente *inter partes*, dá ensejo à proliferação dos processos. Ademais, tal sistema causa uma certa instabilidade nos países adeptos do sistema germano-românico, visto que vários juízes prolatariam decisões divergentes sobre casos essencialmente iguais em matéria constitucional, decidindo uns pela inconstitucionalidade e outros pela constitucionalidade.

Visando a solucionar esses inconvenientes, engendrou-se, inspirado em Kelsen, o controle de constitucionalidade concentrado *in abstracto* por via de ação direta de inconstitucionalidade.

### 4. Classificação do controle de constitucionalidade

Instituídos o controle de constitucionalidade pelos métodos difuso e concentrado, outras formas de controle foram sendo desenvolvidas, e os juristas passaram a classificar essas formas segundo alguns critérios.

Conforme o momento de ocorrência, classifica-se o controle de constitucionalidade em preventivo ou repressivo. O controle preventivo é aquele executado antes da promulgação, sanção e publicação da norma. No caso das leis, ocorre tanto no âmbito do Poder Legislativo, através das comissões de constituição e justiça, quanto no âmbito do Poder Executivo, através do poder de veto que detém o Chefe do Executivo. Já o controle repressivo é exercido depois da promulgação, sanção e publicação da norma, podendo ser político, jurisdicional ou misto. É denominado de repressivo porque retira do ordenamento jurídico uma norma em vigor por inconstitucionalidade.

Dessa forma, há três sistemas de controle de constitucionalidade levando em consideração os órgãos competentes para conhecer das questões de constitucionalidade: político, jurisdicional e misto. O controle político é aquele que entrega a verificação da constitucionalidade a órgãos de natureza política, como por exemplo, ao Poder Legislativo ou a um órgão administrativo especial. O controle jurisdicional é aquele, por sua vez, que entrega a verificação da constitucionalidade ao Poder Judiciário. Neste caso, há a subdivisão do controle jurisdicional pelo método concentrado, também denominado controle *in abstracto*, ou pelo método difuso, ou incidental. O controle misto, por sua vez, é aquele que conjuga controle político com controle jurisdicional, tal como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, enquanto as leis locais, sob o controle jurisdicional.

No controle difuso, ou pela via de exceção, qualquer órgão do judiciário é competente para processar e julgar a questão incidental de inconstitucionalidade. Além disso, qualquer parte de qualquer processo é legitimada a apresentar o incidente de inconstitucionalidade, a fim de que o juiz reconheça e declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público no caso concreto. Outra característica desse tipo de controle é que a sentença declaratória só tem eficácia *inter partes*, só surtindo efeitos para a relação fundada na lei declarada inconstitucional. A sentença não faz coisa julgada em relação à lei, permanecendo esta em vigor, eficaz e aplicável a outras relações jurídicas.

Já o controle jurisdicional concentrado não pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Sua característica principal é justamente haver um só órgão incumbido de realizar este mister, sendo este órgão o tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou uma Corte Especial. O controle de constitucionalidade neste caso é exercido através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja sentença tem eficácia *erga omnes*, e somente um rol restrito de legitimados pode manejá-la. A sentença faz coisa julgada material, é obrigatória e tem efeito *ex tunc*.

## 5. O controle de constitucionalidade no Brasil

### 5.1 Esboço histórico

Não se pode falar de controle de constitucionalidade no Brasil-Colônia, mesmo porque, durante muitos séculos, a própria metrópole portuguesa não tinha uma constituição, já que Portugal era, à época uma monarquia absolutista, prevalecendo a vontade do soberano ou mesmo de um Primeiro-Ministro todo-poderoso, como o Marquês de Pombal. Vigiam em Portugal, cada uma a seu tempo, as Ordenações do Reino – Manuelinas, Alfonsinas e Filipinas – assim denominadas por causa dos monarcas que as fizeram editar, mas não uma Constituição.

A primeira manifestação de desejo de que Portugal viesse a ter uma Constituição deu-se em 1808, na esteira da invasão napoleônica a Portugal, num momento em que a Corte portuguesa abandonara o país para refugiar-se no Brasil. A chamada *súplica de Constituição* foi uma petição endereçada a Napoleão, mediante a qual se pedia a outorga de uma Constituição.

Portugal só veio a conhecer sua primeira Constituição em 1822, fruto de uma revolução ocorrida em 1820, que desaguou na eleição em 1821 das *Côrtes Geraes*, *Extraordinárias*, e *Constituintes*, também chamadas de *Soberano Congresso*, que elaboraram a Constituição de 1822, que, afastando a monarquia absolutista, criava em Portugal a monarquia constitucional.

O controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil pela Carta Política Imperial de 1824, que estabelecia ser este controle exercido, pelo menos em tese, pela Assembléia Geral do Império. Tal forma de controle de constitucionalidade foi influenciado pelo constitucionalismo francês da época, segundo o qual a guarda da Constituição ficava a cargo do Poder Legislativo. Esta Carta Política, entretanto, trazia novidades, pois que previa um Quarto Poder, o Poder Moderador conferido ao Imperador. A existência do Poder Moderador fazia com que qualquer decisão dos demais poderes pudesse ser alterada sem nenhum critério. Assim, cabia ao Imperador dirimir os conflitos entre os demais poderes. Não havia ainda um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 53), o sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil teve início com a Constituição republicana de 1891. Tendo sofrido influência americana, adotou o controle de constitucionalidade pelo método difuso por via de exceção, o qual tem perdurado em todas as constituições brasileiras, inclusive na atual. Refletindo a influência do constitucionalismo americano, a lei declarada inconstitucional era tida como nula e os efeitos da sentença retroagiam à data de sua publicação. Tal postura, no entanto, foi sendo amainada ao longo do tempo até chegar à formulação atual.

A Constituição de 1934 inovou ao apresentar traços do controle de constitucionalidade concentrado (art 7º, I, a), já que criou a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Estabeleceu também que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder Público somente poderia ser feita mediante o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais. Estes, entretanto, não possuíam competência para retirar a norma do ordenamento jurídico nacional; esta competência foi dada ao Senado Federal, que mediante resolução suspendia a execução da lei ou ato, no todo ou em parte, declarado inconstitucional.

A Emenda Constitucional nº 16, de 6/12/1965, manteve as inovações da Constituição de 1934 e adotou duas outras: a) criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade em caráter genérico contra lei federal ou estadual em conflito com a Constituição, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade para apresentá-la e ao Supremo Tribunal Federal a competência para processá-la e julgá-la; b) atribuição de competência à lei para criar processo, competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em conflito com a constituição estadual.

A Emenda Constitucional nº 1/69, por sua vez, mantendo as formulações anteriores no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, criou a ação direta interventiva, que tinha como escopo a defesa dos princípios da constituição estadual, sendo legitimado para apresentá-la o Procurador-Geral de Justiça, e competente para o processamento e julgamento o Tribunal de Justiça dos Estados.

A Constituição de 1988 trouxe mais duas novidades: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a ampliação do rol dos legitimados a apresentá-la. Além do Procurador-Geral da República, passaram a ter legitimidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara

dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, partido político com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Com a aprovação pelo Congresso Nacional em dezembro de 2004 da EC 45/2004, o rol de legitimados foi elástico, sendo incluídos a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal.

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, contemplando alguns dos legitimados a propor a ADI, e o mesmo STF como competente para processamento e julgamento. A mais recente emenda constitucional, EC 45/2004, que deu início à chamada Reforma do Judiciário, também modificou os legitimados a propor a ADC ao mudar a redação do art. 103, *caput*, da CF 88, e revogar seu § 4º, conforme será visto adiante.

## **5.2 O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade *sui generis*, visto que contempla o controle preventivo através da atuação do Chefe do Poder Executivo (poder de veto) e através da atuação do Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça), bem como o controle repressivo, principalmente sob a forma jurisdicional, a qual contempla os métodos difuso, ou *incidenter tantum*, e concentrado, acrescentando ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Outra característica peculiar do sistema brasileiro é que há duas exceções ao controle jurisdicional repressivo: a) O Art 49, V, CF 88 estabelece "competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa" (MORAES, 2001, p. 564). Os atos atingidos por esse controle são o Decreto Presidencial e a Lei Delegada; b) O Art. 62 CF 88 estatui que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional.

### **5.2.1. Controle de constitucionalidade pelo método difuso**

O controle de constitucionalidade brasileiro pelo método difuso, além das características já vistas acima, possui algumas peculiaridades: a declaração de inconstitucionalidade deverá ser feita através do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou órgão especial, onde houver (Art. 97 CF 88), muito embora não esteja vedada a "possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" (MORAES, 2001, p. 567); o STF também pode conhecer de questão incidental em um caso concreto; neste caso, a declaração de inconstitucionalidade é encaminhada ao Senado Federal, a quem cumpre suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional pelo STF em decisão definitiva, através de resolução, que terá efeito *erga omnes*, porém *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução senatorial.

Importante acrescentar que tanto o STF quanto o Senado Federal entendem que este não está obrigado a editar a resolução suspensiva de ato estatal declarado inconstitucional em apreciação incidental no exame de um caso concreto levado a efeito pelo Pretório Excelso. Trata-se de ato discricionário daquela Casa Legislativa, a qual apreciará a oportunidade e a conveniência de editar a resolução suspensiva. Também crucial anotar que, caso o Senado Federal edite a resolução suspensiva, terá exaurido sua competência constitucional, não podendo mais alterá-la ou suprimi-la.

As relações baseadas em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo método difuso são desfeitas desde sua origem, uma vez os atos inconstitucionais são nulos, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica. Tais efeitos *ex tunc*, porém só têm aplicação para o processo em apreciação e para as partes dele componentes.

Caso o Senado Federal edite a resolução de suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo STF em um caso concreto, a inconstitucionalidade será estendida, com efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*.

Outro ponto importante relativo ao controle difuso é a admissibilidade do manejo de Ação Civil Pública para defesa de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, da Lei 8.078/90). Totalmente incabível o manejo da ACP para defesa de direitos difusos e coletivos, visto que a declaração de inconstitucionalidade teria efeito *erga omnes*, o que invadiria a competência constitucional do Senado Federal, conforme exposto acima, além do que seria a ACP um sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, que tem um rol restrito de legitimados a propô-la.

### **5.2.2. Controle de constitucionalidade pelo método concentrado**

Já o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade é exercido pelo STF e pelos Tribunais de Justiça estaduais, que devem observar a cláusula de reserva de plenário estatuída no art.

97 CF 88. Tal controle é realizado através de ADI, cujo rol de legitimados é exposto no art. 103, I a IX, para o caso de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital em face à Constituição Federal. O propósito deste tipo de controle de constitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade em tese, independente de caso concreto, de lei ou ato normativo federal ou estadual, visando-se à invalidação da lei ou ato normativo.

Há cinco espécies de controle concentrado previstas na Constituição vigente: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); d) a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*) e; e) a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

### **5.2.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica**

A ação direta de inconstitucionalidade genérica tem como escopo a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editados após a vigência da Constituição Federal de 1988 e que ainda estejam em vigor. Visa a ADI a retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. Isto se dá de forma automática, não havendo necessidade de resolução do Senado Federal.

Há duas espécies de ação direta de inconstitucionalidade: a) a que tem por propósito a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, este quando no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros, face à Constituição Federal; b) a que tem por escopo a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal face às constituições estaduais. A primeira espécie tem como órgão competente para processar e julgar a ADI o STF, no segundo, o competente é o Tribunal de Justiça de cada Estado-membro.

Na primeira espécie de ADI estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, além do rol elencado no art. 59 (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) e tratados internacionais, que integram nosso ordenamento jurídico como leis ordinárias, todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Entretanto, os atos estatais de efeitos concretos, bem como as Súmulas dos Tribunais, não são alcançados pela jurisdição constitucional concentrada. Também imunes à apreciação de constitucionalidade via ADI as normas constitucionais originárias.

O art. 102, I, *p* prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, havendo, portanto, a possibilidade de concessão de liminar com efeito *erga omnes* e *ex nunc*, suspendendo a vigência da lei ou ato normativo argüido de inconstitucionalidade. O STF, porém, tem a prerrogativa de conceder a liminar com efeito *ex tunc* caso entenda necessário.

O STF, em sede de ADI, pode não retirar a lei ou ato normativo do ordenamento jurídico, mas apresentar *interpretação conforme à Constituição*. Esta interpretação conforme só será possível quando a norma apresentar vários significados, alguns compatíveis com as normas constitucionais e outros não. Para evitar a retirada da norma do ordenamento jurídico, o STF estabelece como deve ser interpretada a norma, não se tornando mais cabível outra interpretação. Tal interpretação poderá dar-se com redução de texto ou sem redução de texto.

A declaração de inconstitucionalidade, também, poderá dar-se no todo ou em parte, ou seja, todo o ato é considerado inconstitucional ou apenas partes dele.

Em homenagem ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, o Advogado-Geral da União é citado para defender o ato impugnado.

No que respeita à segunda espécie de ADI genérica, como já dito, cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros a competência para seu processamento e julgamento quando lei ou ato normativo estadual ou municipal afrontarem a constituição estadual. A CF 88 não estabelece um rol de legitimados para este caso, remetendo à lei estadual tal definição, sendo vedada pela CF 88 a atribuição de legitimação para agir a um único órgão.

Cumprir informar, ainda, que por falta de previsão constitucional é impossível o controle de constitucionalidade pelo método concentrado em vista de lei municipal ou distrital em exercício de competência municipal face à Constituição Federal. A única via possível é através do controle difuso.

### **5.2.2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva**

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva distingue-se da ação direta de inconstitucionalidade genérica por ter finalidade jurídica e política e ter por objeto a apreciação da

constitucionalidade unicamente de lei ou ato normativo estadual contrário aos princípios sensíveis da CF 88.

A regra da ordem constitucional é a não-intervenção, porém, em certos casos, explicitamente elencados na Constituição, é possível a intervenção. O art. 34 estabelece no inciso IV princípios sensíveis cuja violação autorizam a União a intervir nos Estados: forma republicana de governo, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Somente o STF pode apreciar esse tipo de ação, cujo legitimado exclusivo é o Procurador-Geral da República, o qual, devido ao princípio da independência funcional do Ministério Público, não está obrigado a ajuizá-la.

Esta ação tem finalidade dupla, tanto jurídica quanto política, pois objetiva a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação da intervenção federal no Estado-membro (finalidade política). Trata-se de um controle direto para fins concretos, o que inviabiliza a concessão de liminar.

A intervenção é ato privativo do Presidente da República. Porém só será ela decretada caso a declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente retirada do ordenamento jurídico da lei ou ato impugnado, seja insuficiente para o restabelecimento da normalidade. Percebe-se, portanto, a ocorrência de dois momentos distintos nesta ação, só ocorrendo o segundo se o primeiro for insuficiente para a normalização da situação.

### **5.2.2.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão**

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo a efetividade dos comandos constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional, as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, bem como as normas programáticas. Assim, é cabível a ação quando o poder público se abstém de cumprir um dever determinado pela Constituição.

Os legitimados a propor esta ação de inconstitucionalidade são os mesmos da ADI genérica (art. 103, I a IX), não sendo obrigatória a oitiva do Advogado-Geral da União, posto não haver ato impugnado a ser defendido. Entretanto, o Ministério Público sempre será chamado a manifestar-se.

A CF 88 prevê dois casos cabíveis: a) quando o relapso é algum órgão público administrativo; b) quando o relapso é o Poder Legislativo. No primeiro caso, o órgão administrativo é comunicado pelo STF de que tem trinta dias para tomar as providências necessárias. No segundo, a sentença prolatada não tem efeito mandamental, apenas declaratório. O Poder Legislativo é cientificado de que deve legislar sobre a matéria objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, mas não é obrigado a isso, dado o princípio da separação dos poderes na estrutura republicana.

### **5.2.2.4 A Ação Declaratória de Constitucionalidade**

A ação declaratória de constitucionalidade, inserta no ordenamento jurídico brasileiro pela EC 3/93, é uma inovação no controle de constitucionalidade brasileiro. À semelhança da ADI genérica, o órgão competente para processá-la e julgá-la é o STF. Os legitimados a propô-la, sofreram recentemente profunda modificação através da EC 45/2004. Anteriormente, eram bem mais restritos que os legitimados na ADI (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e Procurador-Geral da República). Com a EC 45/2004, o § 4º do art. 103 da CF 88 foi revogado e o *caput* e incisos do art. 103 passou designar os legitimados a propor tanto a ADI quanto a ADC (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional).

A principal finalidade da ADC é dirimir a insegurança jurídica suscitada por ações de inconstitucionalidade ajuizadas contra determinada lei ou ato normativo *federal*, ou seja, visa a preservar a ordem jurídica constitucional, afastando a incerteza acerca da validade de uma lei. Necessário que haja comprovada controvérsia judicial acerca da lei.

As decisões definitivas de mérito prolatadas pelo STF, quer pela procedência, quer pela improcedência do pedido, têm efeito *ex tunc* e *erga omnes*, além de efeito vinculante relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário.

### 5.2.2.5. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Constituição Federal de 1988, pródiga em inovações, criou, além dos controles constitucionais já vistos acima, uma nova ação constitucional cujo escopo é o controle concentrado de constitucionalidade de ato atentatório contra preceito fundamental expresso na Norma Ápice. Esta ação está prevista no art. 102, § 1º da CF 88, com a nova redação dada pela EC 03/93, que reza: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

Desta dicção pode-se extrair alguns pontos: a) trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, visto depender de lei que estabelecesse a forma pela qual seria ajuizada e como seria apreciada pelo STF; é importante anotar que a lei regulamentadora só entrou em vigor em 3 de dezembro de 1999, mais de onze anos após a promulgação da Constituição Federal; b) trata-se de uma ação autônoma que se enquadra no controle de constitucionalidade concentrado, já que o único competente para apreciá-la é o Supremo Tribunal Federal, não sendo, cabível seu manejo no controle difuso ou como matéria de defesa; c) seu objeto é restrito, não podendo ser utilizada para qualquer tipo de controle de constitucionalidade, mas unicamente o que diz respeito a descumprimento de preceito fundamental.

Obviamente fato de suprema importância é definir o que vem a ser preceito fundamental. André Ramos Tavares (1) afirma que os preceitos fundamentais e os princípios constitucionais são parcialmente sinônimos, havendo, porém, uma simetria imperfeita entre os dois. Diz o autor que

Há de se considerar fundamental o preceito quando o mesmo apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável. Por seu significado, pois, verifica-se que haverá uma coincidência com ponderável parcela dos princípios fundamentais (Tavares *apud* Zainaghi, 2003, p.4).

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, os preceitos fundamentais são os relativos ao estado democrático de direito, à soberania nacional, à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ao pluralismo político, aos direitos e garantias fundamentais, aos direitos sociais, à forma federativa do estado brasileiro, à separação e independência dos poderes e ao voto universal, secreto, direto e periódico (ZAINAGHI, 2003, p.5).

Observa-se que não há ainda uma unidade da doutrina no que respeita à definição do que é um preceito fundamental, o que, faz com que esta ação perca um pouco sua eficácia, visto que os julgadores podem interpretar que a violação ao preceito não seria caso de ADPF, mas de outro tipo de ação constitucional.

Como dito acima, a ADPF só foi regulamentada através da publicação da Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a qual estabeleceu não só os legitimados a proporem a ação, as hipóteses de incidência e o procedimento, mas também estabeleceu ter a ADPF um caráter subsidiário, a possibilidade de concessão de medida liminar, os efeitos da decisão, além da irrecorribilidade da decisão.

Os legitimados ativos são os mesmos co-legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX), que com a EC 45/2004 são os mesmos legitimados a propor ação declaratória de constitucionalidade. O rol de legitimados do Substitutivo do Deputado Prisco Viana ao Projeto de Lei nº 2.872, de 1977, porém, era mais extenso, pois incluía "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" (art. 2º, II). O inciso, porém, foi vetado pelo Presidente da República.

Há três hipóteses de cabimento de arguição de preceito fundamental: a) para evitar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público; b) para reparar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público; c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Tais hipóteses de cabimento caracterizam que a ADPF pode ser manejada de forma preventiva (a) ou repressiva (b). Quanto à hipótese (c), está no STF a ADI nº 2231, de 27/06/2000, que questiona a constitucionalidade do art. 1º, I da Lei 9.882/99, sob o argumento de que somente a Constituição pode conferir competência originária ao STF. A Lei 9.882/99, ao estabelecer que o STF é competente para apreciar ADPF "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" invadiu a competência da própria Constituição e indevidamente extrapolou sua competência, que era apenas para regular a forma de interposição e apreciação da ADPF. Até o presente momento a ADI 2231/2000 não foi julgada, o que tem causado a suspensão do julgamento dessas ações até a final decisão do Pretório Excelso.

A Lei 9.882/99 estabeleceu em seu art. 4º, § 1º a subsidiariedade da ADPF, pois não será ela admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Isto tem restringido ainda mais o alcance desta nova ação constitucional, pois várias têm sido as ADPF's rejeitadas pelo STF sob

o argumento de que outros meios poderiam ter sido utilizados para alcançar o objetivo proposto (2). Acerca disso, o Ministro Carlos Velloso lançou um alerta ao próprio Tribunal do qual é componente, a fim de evitar que a ADPF venha a tornar-se apenas uma quimera processual, sem nenhum efeito prático:

Praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, a argüição será, tal qual está ocorrendo com o mandato de injunção, posta de lado. (MOREIRA, 2003, p. 6).

A nova ação constitucional permite a concessão de medida liminar. A regra é que essa medida seja concedida pela maioria absoluta de seus membros, porém, há a possibilidade de o Ministro relator a conceder, *ad referendum* do plenário, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, no período do recesso.

O Ministério Público manifestar-se-á, obrigatoriamente, nas argüições que não for autor.

As decisões só serão tomadas caso estejam presentes à sessão pelo menos dois terços dos Ministros. Essas decisões terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público e serão comunicadas pelo Presidente do STF, para cumprimento imediato, às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato impugnado, lavrando-se e publicando-se posteriormente o acórdão. Poderá, ainda, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em argüição de descumprimento de preceito fundamental, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou outro momento que venha a ser fixado.

Finalmente, a lei estabelece que a decisão que julgar ação de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível e insusceptível de ação rescisória.

### **5.2.3. Controle de constitucionalidade repressivo pelo Poder Executivo**

Há, ainda, uma outra forma de controle de constitucionalidade, o qual é exercido pelo Chefe do Poder Executivo. Trata-se de controle de constitucionalidade repressivo, constando da prerrogativa que tem o Chefe do Executivo de não cumprir uma lei ou ato normativo que entenda ilegal em homenagem ao princípio da legalidade. O Chefe do Poder Executivo pode determinar aos seus subordinados que deixem de aplicar a lei ou ato normativo que ele julgar inconstitucional visando à uniformização da ação administrativa.

## **6. Conclusão**

Esta exposição apresenta um breve vislumbre do controle de constitucionalidade no Brasil, onde predomina o conceito de constituição rígida, a qual se encontra no topo do ordenamento jurídico pátrio, exigindo que todas as normas infraconstitucionais estejam com ela consoantes.

# PODER CONSTITUINTE

## NOÇÕES

As normas constitucionais, por ocuparem o topo do ordenamento jurídico, são providas de elaboração mais dificultosa do que aqueles ditados pela própria ordem jurídica, que vêm de cunho ordinário.

Com as noções supracitadas, podemos conceituar o Poder Constituinte como aquele poder capaz de criar, modificar ou implementar normas de força constitucional.

## TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Nos Estados democráticos, a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular.

Em razão de sua titularidade pertencer ao povo, o poder constituinte é permanente, isto é, não se esgota em um ato de seu exercício, visto que o povo não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade.

## EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE

Embora na atualidade haja um consenso teórico em afirmar ser o povo o titular do poder constituinte, o seu exercício nem sempre tem se realizado democraticamente.

Assim, embora legitimamente o poder constituinte pertença sempre ao povo, temos duas formas distintas para o seu exercício: outorga e assembléia nacional constituinte.

**A outorga** é o estabelecimento da Constituição pelo próprio detentor do poder, sem a participação popular. É ato unilateral do governante, que auto-limita o seu poder e impõe as regras constitucionais ao povo.

**A assembléia nacional constituinte** é a forma típica de exercício do poder constituinte, em que o povo, seu legítimo titular, democraticamente, outorga poderes a seus representantes especialmente eleitos para a elaboração da Constituição.

## ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

A doutrina costuma distinguir as seguintes espécies de poder constituinte: poder constituinte originário e poder constituinte derivado este tendo como espécies o poder reformador, o decorrente e o revisor.

**O poder constituinte originário** (também denominado genuíno, primário ou de primeiro grau) é o poder de elaborar uma Constituição. Não encontra limites no direito positivo anterior, não deve obediência a nenhuma regra jurídica preexistente,

Assim, podemos caracterizar o poder constituinte originário como inicial, permanente, absoluto, soberano, ilimitado, incondicionado, permanente e inalienável

**O poder constituinte derivado** (também denominado reformador, secundário, instituído, constituído, de segundo grau, de reforma) é o poder que se ramifica em três espécies:

O poder reformador que abrange as prerrogativas de modificar, implementar ou retirar dispositivos da Constituição.

O poder Constituinte decorrente que consagra o princípio federativo de suas Unidades

É a alma da autonomia das federações na forma de sua constituição, assim, a todos os Estados, o Distrito Federal e até os Municípios este na forma de lei orgânica poderão ter suas constituições específicas em decorrência do Poder Constituinte Originário.

Por fim, o poder constituinte revisor que como exemplo de nossa própria Constituição Federal, possibilita a revisão de dispositivos constitucionais que necessitem de reformas, porém, esta não se confunde com reforma em *stricto sensu* pois, esta é de forma mais dificultosa, *quorum* ainda mais específico. É o poder de reforma, que permite a mudança da Constituição, adaptando-a a novas necessidades, sem que para tanto seja preciso recorrer ao poder constituinte originário. É um poder derivado (porque instituído pelo poder constituinte originário), subordinado (porque se encontra limitado pelas normas estabelecidas pela própria Constituição, as quais não poderá contrariar, sob pena de



inconstitucionalidade) e condicionado (porque o seu modo de agir deve seguir as regras previamente estabelecidas pela própria Constituição).

Essas limitações ao poder constituinte derivado (ou de reforma) são comumente classificadas em três grandes grupos: limitações **temporais**, limitações **circunstanciais** e limitações **materiais**.

**As limitações temporais** consistem na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. A Constituição insere norma proibitiva de reforma de seus dispositivos por um prazo determinado. Não estão presentes na nossa vigente Constituição, sendo que no Brasil só a

Constituição do Império estabelecia esse tipo de limitação, visto que, em seu art. 174, determinava que tão-só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada.

**As limitações circunstanciais** evitam modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da reforma. A atual Constituição consagra tais limitações, ao vedar a emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

**As limitações materiais** excluem determinadas matérias ou conteúdo da possibilidade de reforma, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a sua destruição ou impliquem profunda mudança de sua identidade. Tais limitações podem ser explícitas ou implícitas.

**As limitações materiais explícitas** correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como inalteráveis. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo imodificável. Tais limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional e são conhecidas por "cláusulas pétreas".

Na vigente Constituição, estão prescritas no art. 60, § 4º, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais".

**As limitações materiais implícitas** são aquelas matérias que, apesar de não inseridas no texto constitucional, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de implicar a ruptura da ordem constitucional. Isso porque, caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações. São apontadas pela doutrina três importantes limitações materiais implícitas, a saber:

- (1) **a titularidade do poder constituinte originário**, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;
- (2) **a titularidade do poder constituinte derivado**, pois seria um despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário; e
- (3) **o processo da própria reforma constitucional**, senão poderiam restar fraudadas as limitações explícitas impostas pelo constituinte originário.

**O poder constituinte decorrente** é aquele atribuído aos Estados-membros para se auto-organizarem mediante a elaboração de suas constituições estaduais, desde que respeitadas as regras limitativas impostas pela Constituição Federal. Como se vê, também é um poder derivado, limitado e condicionado, visto que é resultante do texto constitucional.

## EXERCÍCIOS.

- 1 - (AGENTE PF/97): Quanto ao poder constituinte derivado, este encontra limitações impostas pelo poder constituinte originário.
- 2 - (AGENTE PF/97): Ao poder constituinte instituído, há limitações de ordens temporal, circunstancial e material.
- 3 - (AGENTE PF/97): Do ponto de vista do direito interno, considera-se o poder constituinte originário não sujeito a qualquer limitação.
- 4 - (PAPILOSCOPISTA PF/97): O poder constituinte originário está sujeito, juridicamente, a limitações oriundas das normas subsistentes da ordem constitucional anterior.
- 5 - (PAPILOSCOPISTA PF/97): O poder constituinte derivado está sujeito, do ponto de vista do direito interno, a certas limitações, cuja observância pode ser aferida por meio do controle de constitucionalidade.

6 – (AFCE/TCU/2000) É pacífico, entre nós, que não existem limitações implícitas ao poder constituinte de reforma.

7 - (AFCE/TCU/2000) Uma proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir uma cláusula pétrea não pode sequer ser levada à deliberação do Congresso Nacional.

8 - (AFCE/TCU/2000) As emendas à Constituição expressam meio típico de manifestação do poder constituinte originário.

9 - (AFCE/TCU/2000) O poder de reforma ou de emenda é um poder ilimitado na sua atividade de constituinte de primeiro grau.

10 – O poder constituinte originário, também chamado poder de reforma, é ilimitado na sua atuação.

**GABARITO:**

1C 2C 3C 4E 5C 6E 7C 8E 9E 10E

# CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 COMENTADA

(Atualizada até a Emenda Constitucional nº 56, de 20/12/2007)

## PREÂMBULO

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

### **Comentário:**

**Origem do vocábulo:** Segundo Pinto Ferreira, a palavra "preâmbulo" vem do latim, onde se formou a partir de dois elementos: o prefixo *pre* e o verbo *ambulare*. O primeiro desses elementos significa *antes, sobre*; e o segundo, *andar, marchar, caminhar*.

**Preâmbulo nas Constituições:** Seu uso nos documentos constitucionais passou a identificá-lo como uma proclamação de abertura, algo que a autoridade que impõe a nova ordem constitucional tem a dizer antes de dar a leitura à Constituição. Daí o antes de andar Quer significar, aqui, antes de percorrer a Constituição. O mesmo mestre, sobre os preâmbulos constitucionais, cita Mitre, que os comparou ao pórtico dos templos. Lauro Nogueira o define como sendo um resumo resumidíssimo, uma síntese sinteticíssima do diploma a que serve de frontispício. João Barbalho declara que o preâmbulo enuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim foi estabelecida a Constituição.

**Função do preâmbulo:** Sabe-se, hoje, que o preâmbulo não é destacável do documento constitucional, mas parte integrante dele, sendo utilizável, inclusive, como elemento de interpretação dos demais dispositivos da Constituição que abre, com o que concorda, dentre outros, Alexandre de Moraes, para quem o preâmbulo serve como elemento de interpretação e de integração dos artigos que se lhe seguem. Kelsen, por exemplo, afirma exatamente que o preâmbulo é parte da Carta, e que, conseqüentemente, tem virtualmente a mesma validade legal. Deve-se perceber, contudo, que a importância do preâmbulo é menos jurídica e mais ideológica, por identificar, além do que disse Barbalho, acima, as principais inspirações, objetivos e diretrizes que orientaram a feitura da Lei Magna. É ampla a discussão sobre a necessidade, ou não, de preâmbulo constitucional, havendo grandes mestres nas duas posições, valendo lembrar que a própria história constitucional brasileira apresenta Constituições sem preâmbulo.

**Natureza jurídica:** É controversa a discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do preâmbulo, mas as posições, segundo Uadi Lamêgo Bulos, podem ser resumidas em três teses básicas: a) tese da irrelevância jurídica, segundo a qual o preâmbulo situa-se fora do domínio do Direito, assumindo característica política ou histórica; b) tese da eficácia idêntica, pela qual o preâmbulo é um conjunto de preceitos que possuem a mesma eficácia de qualquer outro dispositivo constitucional; c) tese da relevância específica ou indireta, segundo a qual o preâmbulo participa das características jurídicas da Constituição, mas não se confunde com o seu corpo normativo.

**Invocação a Deus:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que a invocação da proteção de Deus no preâmbulo de Constituição Estadual não tem força normativa, afastando-se a alegação de que a expressão em causa seria norma de reprodução obrigatória pelos Estados-Membros. (ADI 2076, de 15/8/2002)

## TÍTULO I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

### **Comentário:**

**Conteúdo:** Na lição de Celso Bastos, princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas, sim, desejam lançar sua força sobre todo o mundo jurídico.

**Efeitos:** Os princípios alcançam esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, ensina esse mestre, o que o princípio perde em carga normativa ganha em força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.

**Definição de princípio:** Na lição de Uadi Lamêgo Bulos, a noção genérica de princípio leva à sua compreensão como um enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de

diversas disposições normativas, aparecendo como uma norma de validade geral e dotada de maior generalidade e abstração do que as normas jurídicas singularmente tomadas.

**Definição de princípio constitucional:** Ainda na lição de Uadi Lamêgo Bulos, é o enunciado lógico que serve de vetor para a interpretação da Constituição, conferindo coerência geral ao sistema constitucional.

**Distinção entre norma e princípio:** A doutrina distingue norma constitucional de princípio constitucional. A norma seria mais específica, mais precisa, de conteúdo mais objetiva mente definido, destinada a reger as situações às quais expressamente se refira. O princípio, por outro lado, seria um enunciado mais abstrato, mais impreciso, que atuaria como elemento de harmonização da Constituição, cujos efeitos seriam auxiliar na superação interpretativa das lacunas e contradições lógicas existentes no texto constitucional, orientar o legislador e orientar o julgador, sempre de forma a preservar a ordem constitucional, a coerência e a harmonia da Constituição.

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

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

#### **Comentário:**

Este primeiro artigo da Constituição é rico em conceitos técnicos. São eles:

- **República:** forma de governo cuja principal característica é a temporariedade do mandato de governo e a eletividade. É forma contraposta à monarquia, onde o mandato de governo é vitalício e o acesso a ele não se dá pelo voto, mas por direito de linhagem ou divino. Também opõem república à monarquia a possibilidade de responsabilização do governante, que a monarquia não admite, e a justificativa do poder, pois, na monarquia, ele é exercido por direito pessoal próprio, de linhagem ou divino, ao passo que, na república, ele é exercido em nome do povo.
- **Proteção da forma republicana:** A forma republicana não está expressamente protegida pelas cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º), mas, nem por isso encontra-se despida de proteção. Primeiro porque a agressão à forma republicana pode levar à intervenção federal, nos termos do art. 34, VII, por ser ela princípio constitucional sensível. Segundo porque a doutrina a entende como limitação material implícita ao poder de reforma da Constituição.
- **Federativa:** a federação é uma forma de organização do Estado que se opõe ao Estado unitário. Enquanto neste todo o poder é centralizado, havendo apenas subdivisões internas puramente administrativas, sem poder de comando, na federação existe uma unidade central de poder, que é soberana, e diversas subdivisões internas com parcelas de poder chamadas autonomias. O Brasil adota o tipo de federação chamada orgânica, por ser mais rígida que o modelo norte-americano, o que significa dizer que, no Brasil, a parcela de poder deixado com Estados, Distrito Federal e Municípios é pequena, existindo ainda uma tendência centralizadora por parte do governo central.
- **Autonomia das entidades estatais na Federação:** A autonomia é a capacidade de cada entidade estatal (no caso brasileiro, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) gerir os seus interesses dentro de um âmbito jurídico e territorial previamente determinado pelo poder soberano. Segundo Uadi Lamêgo Bulos, a autonomia tem como aspectos essenciais: a) a capacidade de auto-organização (a entidade federativa deve possuir Constituição própria); b) a capacidade de auto-governo (eletividade de seus representantes políticos); c) a capacidade de auto-legislação (poder de edição de normas gerais e abstratas pelos respectivos Legislativos); e d) a capacidade de auto-administração (prestação e manutenção de serviços próprios). A esses acrescentaríamos a capacidade tributária (poder de criar e cobrar impostos, taxas e contribuições de melhoria).
- **União indissolúvel:** essa locução informa que as partes materialmente componentes da República não poderão dela se dissociar, o que implica dizer que qualquer tentativa separatista é inconstitucional. É importante notar que a União não faz parte desse rol por não ter ela existência material, mas apenas jurídica, ou, nos termos do art. 18, político-administrativa.

● **Estado Democrático de Direito:** o conceito de Estado de Direito nasceu em oposição ao Estado em que o poder era exercido com base, unicamente, na vontade do monarca. Para impor limites a esse governo de insegurança, nasceu, na Inglaterra a doutrina de acordo com a qual o rei governaria a partir de leis, comprometendo-se a cumpri-las. Chegou-se, assim, ao Estado de Direito. Houve, contudo, distorção desse conceito. Como consequência, passou-se a entender que o Estado de Direito seria o governo a partir de leis, mas de qualquer lei. Para renovar o conceito, foi ele incorporado da noção de 'Democrático', em função de que não bastavam as leis, mas era necessário que elas tivessem um conteúdo democrático, ou seja, que realmente realizassem o ideal de governo a partir do poder do povo, em nome deste e para este.

Este artigo também indica os cinco fundamentos da República. **Fundamentos** são os alicerces, as bases ideológicas sobre as quais está construída a República Federativa do Brasil. São eles:

● **Soberania:** não se trata aqui da soberania do Estado brasileiro, entendida como poder supremo dentro dos limites territoriais do Brasil. Essa soberania de que fala o artigo é a soberania popular, ou seja, o reconhecimento de que a origem de todo o Poder da República brasileira é o seu povo, e que toda a estrutura do Estado, dada pela Constituição, foi formada em atendimento a esse princípio.

● **Cidadania:** população, povo e cidadão não são termos sinônimos. População é a soma de todas as pessoas que habitam determinado território, em determinado momento. Povo é a soma dos naturais desse território. Cidadão é a parcela do povo que é titular de capacidade eleitoral ativa, ou seja, do poder de votar, e assim interferir nas decisões políticas e na vida institucional do Brasil, direta ou indiretamente.

● **Dignidade da pessoa humana:** o Brasil é estruturado com base na consciência de que o valor da pessoa humana, enquanto ser humano, é insuperável. Em vários artigos a Constituição mostra como pretende assegurar o respeito à condição de dignidade do ser humano, como por exemplo no art. 5º, III, onde se lê que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, ou no art. 6º, onde se encontra uma lista de direitos sociais da pessoa.

● **Valores sociais do trabalho:** o trabalhador foi visto e entendido, por muito tempo, como uma espécie de engrenagem num mecanismo de produção de riqueza. A atual Constituição não aceita esse entendimento, e impõe que o trabalho seja, além de gerador de riquezas para o empregador e para o Brasil, instrumento do trabalhador para obter todos os direitos sociais que estão assegurados no art. 6º.

● **Livre iniciativa:** aqui se assegura um direito ao brasileiro empresário, ao partícipe efetivo da vida econômica do Estado, que nela poderá disputar o seu espaço protegido contra práticas ilícitas de mercado, monopólios e oligopólios.

● **Pluralismo político:** além da liberdade de expressar sua concepção política, reunindo-se com seus iguais em qualquer partido político, o brasileiro também pode exercer o direito ao pluralismo político reunindo-se em associações, em sindicatos, em igrejas, em clubes de serviço. Segundo Norberto Bobbio, o pluralismo persegue formar uma sociedade composta de vários centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, contrastar e controlar, até o ponto de eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado.

● **Exercício direto e indireto do poder:** O parágrafo único deste artigo assegura o princípio básico das democracias ocidentais. O povo é o titular primeiro e único do poder do Estado. Esse poder pode ser exercido através de representantes que esse mesmo povo, agora cidadão, elege (deputados, senadores, governadores, prefeitos, vereadores, Presidente da República), ou também pode o povo exercer o poder de que é titular diretamente, sem intermediários. Esse exercício direto de poder pelo povo caracteriza a democracia direta, e a Constituição brasileira vigente é abundante em exemplo, como o poder de sufrágio e voto (art. 14, caput), o plebiscito (art. 14, I), o referendo (art. 14, II), a iniciativa popular de leis (art. 14, III; art. 61, § 2º; art. 27, § 4º, art. 29, XIII), o direito de informação em órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), o direito de petição administrativa (art. 5º, XXXIV), a ação popular (art. 5º, LXXIII), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a denúncia direta ao TCU (art. 74, § 2º) e a fiscalização popular de contas públicas (art. 31, § 3º), dentre outros.

● **Diferença entre Estado e País:** O Estado é formado classicamente por povo, território e governo soberano. O País, na lição de Uadi Lamêgo Bulo, é conceito que se refere à paisagem, aos aspectos físicos e naturais do território do Estado, à fauna e à flora, às crenças, às lendas, aos mitos e às tradições, conferindo uma unidade geográfica, histórica e cultural ao povo.

**Art. 2º** - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

### **Comentário:**

**Unicidade do Poder:** Os Poderes não são três, mas um só, e seu titular é o povo, soberanamente. A tripartição de que fala este artigo é orgânica, das funções estatais, isto é, são os três órgãos que exercem, cada um, uma das três funções básicas do poder uno do povo. São essas funções a legislativa, a administrativa e a judiciária, e a cada uma delas corresponde a uma estrutura, uma instituição, que a exerce com precipuidade, mas não exclusivamente. Por não ser exclusivo o exercício das funções estatais por nenhum poder é que se pode afirmar que os três Poderes exercem as três funções estatais (legislar, administrar e julgar), mas cada um deles exerce uma dessas funções em grau maior que os demais.

**Funções típicas dos Poderes:** As funções típicas do Poder Legislativo, segundo a Constituição e o Supremo Tribunal Federal, são a legislativa (elaboração de comandos normativos genéricos e abstratos) e a fiscalizatória (CF, art. 49, IX e X, 70, caput, e 71, caput), da qual, inclusive, a investigatória, através das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) é, segundo o STF, correlata. A função típica do Poder Executivo é a de aplicação das leis a situações concretas, às quais se destinem, vindo daí, inclusive, a permissão constitucional de uso do poder regulamentar, que consta no art. 84, IV, da CF. A função típica do Poder Judiciário é a de aplicação da lei a situações concretas e litigiosas, e, também, a de proteção da autoridade das Constituições Federal e Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal no julgamento dos processos objetivos de controle de constitucionalidade em tese.

**Funções atípicas dos Poderes:** O Poder Legislativo, de forma atípica, administra o seu quadro de pessoal (arts. 51, IV e 52, XIII) e julga determinadas autoridades nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II). O Poder Judiciário administra o seu quadro de pessoal e elabora os regimentos internos dos Tribunais, que são leis em sentido material (art. 96). O Poder Executivo julga os processos administrativos-disciplinares e os litígios do contencioso tributário administrativo e legisla na elaboração de medidas provisórias e de leis delegadas, nos termos dos arts. 62 e 68.

**Função Judiciária:** José dos Santos Carvalho Filho opina que, das três funções estatais básicas, a Judiciária é a única que não é exercida fora do Judiciário, à vista do monopólio da jurisdição assegurado pelo art. 5º, XXXV. A afirmação, parece-nos, admite temperamento já que há julgamento em processo administrativo-disciplinar, na esfera executiva, principalmente, e, sem dúvida, o Legislativo julga em hipóteses determinadas nos crimes de responsabilidade, conforme consagrado no art. 52, I e II, e seu parágrafo único. Os julgamentos administrativos não fazem, no Brasil, coisa julgada, admitindo discussão judicial plena. Os julgamentos políticos realizados pelo Senado Federal não poderão ter o seu mérito apreciado pelo Judiciário, por se constituir em decisão *interna corporis*, mas é fora de dúvida que o procedimento e as fases processuais poderão sê-lo, à vista do devido processo legislativo.

**Modelo positivo brasileiro:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, o princípio da separação e independência dos Poderes não possui fórmula universal apriorística e completa. Por isso, quando erigido, como no modelo brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória, o que se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. (ADI 183, de 7/8/97)

**Sujeição de convênios à aprovação do Legislativo:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que ofende a separação e a independência dos Poderes a submissão de convênios celebrados pelo Poder Executivo à aprovação prévia do Legislativo. (ADI 770, de 1º/7/2002)

**Autorização de dívidas que excedam o mandato:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual que atribuía à Assembléia Legislativa competência para autorizar dívidas da administração pública direta e indireta cujo prazo de resgate exceda o término do mandato dos contratantes. (ADI 177, de 1º/7/1996)

**Sujeição de atos executivos ao Legislativo:** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostra que é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes, artigo de Constituição Estadual que submeta à Assembléia Legislativa a apreciação de convênios e ajustes firmados por entidades da administração pública e pelo Governador do Estado. (ADI 1857, de 5/2/2003)

**Fixação de prazo ao Executivo:** O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo de Constituição Estadual que fixava prazo de quarenta e cinco dias para que o Governador encaminhasse à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre as transgressões a que estão sujeitos militares dos Estados. Essa prescrição, segundo o STF, ofende o princípio da separação dos Poderes, já que não pode o Legislativo assinar prazo para que outro Poder exerça prerrogativa que lhe é própria. (ADI 2393, de 13/2/2003)

**Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

**Comentário:**

Os objetivos fundamentais deste art. 3º são diferentes dos fundamentos do art. 1º. Lá, tratava-se das bases da República. Aqui, o assunto são os objetivos que a República deve buscar com a sua atuação, as metas a atingir. A moderna doutrina constitucionalista vem reconhecendo, também neste artigo, a nítida característica de norma programática de seus dispositivos, que não consagram um direito ou uma garantia, mas apenas sinalizam ao Poder Público uma meta, um objetivo a atingir. Neste ponto, o constituinte brasileiro foi inspirar-se na Constituição de Portugal, em cujo art. 9º encontram-se comandos semelhantes. Note que todos os quatro incisos indicam uma ação a ser desenvolvida (construir, garantir, erradicar, reduzir, promover), pois o que quer a Constituição é que o governa, agindo, busque alcançar esses objetivos. De outra parte, reconhece que nenhum deles ainda está atingido plenamente.

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

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

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

**Comentário:**

Aqui se trata dos princípios que vão reger a atuação da República brasileira no plano internacional, ou seja, nas suas relações com outros Estados soberanos.

**Independência nacional** é uma expressão que não possui definição no campo do Direito, a não ser que se pretenda uma aproximação, como quer Celso de Albuquerque Mello, com a palavra "soberania", pelo que, no plano interno de um Estado, ter-se-ia autonomia; no externo, independência. De qualquer maneira, é possível buscar um sentido útil a este princípio, qual seja, o entender-se nele não a independência nacional brasileira, mas as independências nacionais dos outros Estados.

**Prevalência dos direitos humanos** também é um princípio de conteúdo jurídico impreciso. É possível ver nele, contudo, duas faces robustas: a primeira é a importância dos direitos humanos no contexto internacional atual, e, ao se reconhecer-lhe prevalência, admite-se que esses direitos humanos estejam em posição hierárquica mais elevada do que qualquer outro bem jurídico local. São esses direitos humanos prevalentes, aliás, que autorizam, como têm autorizado, a interferência de outros Estados em um determinado, onde os habitantes locais estejam sendo despojados desses direitos elementares, como no caso dos curdos do Iraque, dos hutus e tsutis no Zaire e arredores, dos ex-iugoslavos nas diversas regiões em que foi transformada a unidade anterior da terra de Tito. Nesses casos, e em outros, os direitos humanos foram prevalentes à própria soberania.

**Autodeterminação dos povos** é princípio que tem origem no princípio das nacionalidades, segundo Celso de Albuquerque Mello. Esse princípio foi tratado após a 1ª Guerra Mundial por Lenin e Woodrow Wilson, e, após a 2ª Guerra, pela ONU, em Assembléia Geral (1952 e 1962). Diretamente, a

autodeterminação dos povos é encontrada, como premissa básica, nos Pactos Internacionais de Direitos Econômicos- Sociais e Culturais, de 1967, da ONU.

**Não-intervenção** é princípio fundamental de Direito Internacional Público, e foi mencionada pela primeira vez no século XVIII, por Christian Wolff e Emmanuel Kant. Consagrada nas Cartas da ONU (art. 2º, alínea 7) e da OEA (art. 18), a não-intervenção não escapa de seu perfil mais político do que jurídico, e parece dar razão ao comentário formulado no início deste século, segundo o qual a justificação da intervenção é o seu sucesso.

**Igualdade entre os Estados**, para nós, não é uma igualdade absoluta, mas relativa, na medida de suas desigualdades, que são mais claras no plano econômico, sendo que o GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) é uma tentativa de diminuir essa distância entre uns e outros Estados. Como premissa fundamental de Direito Internacional Público, a igualdade está intimamente associada ao princípio da reciprocidade. Celso de Albuquerque Mello, citando Decaux, explica que pode-se dizer que a reciprocidade é o meio e a igualdade é o resultado, e, mais, que a igualdade não é uma igualdade estática, mas uma igualdade obtida por reação, após uma troca ou uma resposta, pelo que a reciprocidade é a igualdade dinâmica. A igualdade entre os Estados está citada em várias passagens dos documentos supremos da ONU e da OEA, principalmente no art. 2º, n° 1 (ONU) e no art. 9º (OEA), e também no item I da ata de Helsinque, de 1970.

**Defesa da paz** é princípio que pode ser entendido de duas maneiras, ainda de acordo com Celso Albuquerque Mello. Por uma linha, é conflito armado nacional (ou seja, guerra), internacional, ou qualquer combate armado, sendo preferível esta segunda interpretação. Mas a defesa da paz, de que fala a Constituição, não é somente evitar ou finalizar um conflito armado. A expressão abrange também os direitos de solidariedade, também chamados de novos direitos do homem ou 3ª geração de direitos humanos, que são o direito ao desenvolvimento, direito à autodeterminação dos povos e direito à paz no sentido mais estrito, todos, vê-se, de expressão coletiva.

**Solução pacífica dos conflitos** é princípio que reconhece, logicamente, a existência ou potencialidade de conflitos internacionais, mas prescreve o seu equacionamento pela via pacífica, no que, aliás, complementa o princípio anterior. Um instrumento muito utilizado para preservar essa via pacífica de solução de conflitos foi o arbitramento ou arbitragem, no qual os Estados em litígio escolhem um outro, não envolvido, para intermediar as conversações e encaminhar uma solução aceitável.

**Repúdio ao terrorismo e ao racismo** pode ser entendido como a rejeição a essas duas espécies de condutas vis. As definições do que sejam terrorismo e racismo não são, contudo, desprovidas de dificuldades. Terrorismo, já se disse, é a arma do fraco, e mistura-se com freqüência a elementos políticos, e, dependendo do ângulo pelo qual se olhe, pode-se chamar o mesmo movimento de terrorista ou de guerrilha. Por isso, não há uma definição jurídica clara do que seja, exatamente, o terrorismo, ficando-se, apenas para fins didáticos, na constatação, enunciada por Sottile, de que caracteriza-se ele pelo uso de método criminoso e violência, visando a atingir um fim determinado. No plano internacional (principalmente na Europa, a partir de 1977, por ato do Conselho da Europa), são identificadas três áreas de terrorismo reprimidas por tratados: o seqüestro de embaixadores, a tomada de reféns e o apoderamento ilícito de aeronaves. Já o racismo encontra definição no art. 1º de uma convenção da ONU de 1966, onde se lê que a discriminação racial significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais.

**Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade** é princípio que impõe, de plano, uma limitação aos conceitos de soberania e de independência nacional, uma vez que cooperar é interagir. Essa interação pelo progresso da humanidade tem raízes no dever de solidariedade e de auxílio mútuo.

**Concessão de asilo político**, ou melhor, de asilo diplomático. Esse asilo é concedido a quem esteja sendo perseguido por motivos políticos ou de opinião. Tal estrangeiro, a Constituição brasileira, no art. 5º, LII, faz inextraditável, justamente para garantir o instituto do asilo diplomático ou político. A Declaração Universal dos Direitos do Homem já prevê essa figura no seu art. XIV. No continente americano, o asilo diplomático está tratado no documento da convenção de Caracas, de 1954, onde se lê que todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar porque o nega.

## TÍTULO II

### DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

#### CAPÍTULO I

#### DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS



### **Comentário:**

A primeira abordagem técnica, no direito brasileiro, a explorar a diferença entre direito e garantia foi realizada por Rui Barbosa. Para ele, os direitos seriam disposições declaratórias, e as garantias, disposições assecuratórias. Ou, em outras palavras: o direito é o que se protege, o bem da vida guardado pela Constituição. A garantia é o mecanismo criado pela Constituição para defender o direito.

Os direitos fundamentais têm, segundo nota Luiz Alberto David Araújo, um caráter histórico, e importantes documentos são encontráveis na análise da sua evolução, como a Magna Carta Libertatum, de 1215, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Na lição de Canotilho, os direitos fundamentais, exercem a função de defesa do cidadão sob dupla perspectiva:

- a) no plano jurídico-político, funcionam como normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo-os de atentarem contra a esfera individual da pessoa;
- b) no plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva), e de exigir omissões dos poderes públicos.

Os direitos fundamentais classificam-se em:

**Direitos de primeira geração:** são os direitos civis e políticos, e compreendem as liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida, segurança). São direitos do indivíduo perante o Estado.

**Direitos de segunda geração:** são os direitos econômicos, sociais e culturais. São os que exigem uma prestação do Estado em relação ao indivíduo.

**Direitos de terceira geração:** são direitos coletivos, como ao meio ambiente, à qualidade de vida saudável, à paz, à autodeterminação dos povos e a defesa do consumidor, da infância e da juventude.

**Direitos de quarta geração:** são os direitos que surgem e se consolidam ao final do milênio, como os direitos sociais das minorias e os relativos à informática, aos *softwares*, às biociências, à eutanásia, aos alimentos transgênicos, à sucessão de filhos gerados por inseminação artificial, à clonagem, dentre outros.

**Gerações dos direitos fundamentais:** O Supremo Tribunal Federal deixou julgado que, enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MS 22164, RTJ 164/158)

**Direito ao meio ambiente saudável como de terceira geração:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que a proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração. (RTJ 158/206)

**Característica relativa:** Os direitos fundamentais não são absolutos, até porque, a rigor, nenhum direito constitucional o é. No caso de conflito entre os direitos fundamentais de uma pessoa e os de outra, a moderna hermenêutica constitucional determina ao intérprete a composição entre ambos, com redução proporcional do âmbito de proteção de um e de outro, como ocorre no caso do conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade e à imagem.

**Renunciabilidade:** Os direitos fundamentais são irrenunciáveis, podendo o seu titular apenas, se quiser, deixar de exercê-los, mas não renunciar a eles.

**Garantias fundamentais gerais:** Na lição de Uadi Lamêgo Bulos, são as que vem convertidas naquelas normas constitucionais que proíbem abusos de poder e violação de direitos, limitando a ação do Poder Público. Aparecem, por exemplo, no princípio da legalidade (art. 5º, II), no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), no princípio do juiz e do promotor natural (art. 5º, LIII), no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), no princípio do contraditório (art. 5º, LV) e no princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, e 93, IX).

**Garantias fundamentais específicas:** O mesmo mestre Uadi Lamêgo Bulos assim alinha aquelas que cumprem, efetiva e especificamente, a função de instrumentalizar a proteção aos direitos, como as ações de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e ação popular, dentre outras.

**Titularidade por pessoa jurídica:** A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao reconhecer a possibilidade de pessoa jurídica ser titular de direitos fundamentais, como, por exemplo, no direito à imagem, à proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, à propriedade e ao sigilo das comunicações.

**Colisão de direitos fundamentais:** O Supremo Tribunal Federal, julgando reclamação relativa a exame de DNA de material placentário de estrangeira com extradição pedida, e que alegou gravidez carcerária, fez a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda e o direito à honra e à imagem dos servidores da Polícia Federal como instituição, e decidiu pela prevalência do esclarecimento da verdade. (RCL 2040, de 21/2/2002)

**Colisão de direitos e solução:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que a superação dos antagonismos existentes entre os princípios constitucionais há de resultar da utilização, por essa Corte, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método de ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina. (MS 24369, de 16/10/2002)

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

**Comentário:**

A principal disposição do *caput* deste art. 5º é o Princípio da Igualdade Formal, ou Princípio da Isonomia, segundo o qual "todos são iguais perante a lei". Não significa ele que todas as pessoas terão tratamento absolutamente igual pelas leis brasileiras, mas que terão tratamento diferenciado na medida das suas diferenças, o que leva à conclusão, com Celso Bastos, de que o verdadeiro conteúdo do princípio é o direito da pessoa de não ser desigualada pela lei. O que a Constituição exige é que as diferenciações impostas sejam justificáveis pelos objetivos que se pretende atingir pela lei. Assim, por exemplo, diferenciar homem e mulher num concurso público será, em geral, inconstitucional, a não ser que o cargo seja de atendente ou carcereira de uma penitenciária de mulheres, quando, então, a proibição de inscrição a indivíduos do sexo masculino se justifica.

Processualmente, aplicar o princípio da igualdade significa que o juiz deverá dar tratamento idêntico às partes, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O art. 125, I, do Código de Processo Civil foi, por isso, integralmente recepcionado.

Ainda, vale a pena notar que uma interpretação literal do artigo conduziria ao entendimento de que o estrangeiro não-residente no Brasil (um turista ou um empresário, por exemplo), poderia ser morto ou assaltado à vontade, o que é absurdo. Na verdade, a locução "estrangeiros residentes" deve ser interpretada no sentido de abranger todo e qualquer estrangeiro, porque o Princípio da Isonomia garante isso, expressamente ("sem distinção de qualquer natureza", diz o artigo). Além disso, o par. 2º deste art. 5º garante o respeito, no Brasil, de direitos oriundos de "tratados internacionais" e, neles, está o dever de preservar a integridade de pessoa de outras nacionalidades que estejam no Brasil.

Em síntese, o princípio da isonomia deve merecer atenção tanto do elaborador da lei (Legislativo ou Executivo) quanto do julgador e do intérprete. O constituinte consagra da isonomia em diversas passagens, como em relações internacionais (CF, art. 4º, V); nas relações do trabalho (CF, art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV); na organização política (CF, art. 19, III); na administração pública (CF, art. 37, I).

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

**Comentário:**

Este inciso impõe uma igualação entre homens e mulheres, mas é uma igualdade relativa, não absoluta, porque a parte final informa que ela será nos termos da Constituição, o que implica dizer que a Constituição, e somente ela, poderá impor tratamento diferenciado entre os dois sexos. E, efetivamente, faz isso, como por exemplo nos arts. 7º, XX, e 40, III.

A importância deste inciso é, contudo, a de impedir a vigência de qualquer lei anterior à Constituição, que estabeleça uma diferença entre homens e mulheres, não expressamente repetida na própria Constituição, a qual será revogada por não-recepção. Qualquer lei que contenha diferenciação de ordem sexual e que seja posterior à Constituição será inconstitucional. As únicas diferenças entre os dois sexos são as expressamente ditas no texto constitucional. Ainda, a distinção de ordem sexual é

aceita pela Constituição quando a finalidade pretendida for reduzir desigualdade, como no caso de uma prova de esforço físico entre candidatos homens e mulheres.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

**Comentário:**

Neste inciso está o importantíssimo Princípio da Legalidade, segundo o qual apenas uma lei, regularmente votada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, é capaz de criar a alguma pessoa obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa. Lei, nessa linha, é todo comando genérico e abstrato aprovado pelo Legislativo que inova o ordenamento jurídico, obrigando, proibição ou permissão. Decretos, portarias, instruções, resoluções, nada disso pode criar uma obrigação a alguém se não estiver fundamentada numa lei onde tal obrigação seja prevista. Este é o sentido do dispositivo. É de se ressaltar a existência de uma nítida diferença entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal. O princípio da legalidade impõe a submissão à lei e admite duas leituras: a de que somente a lei pode obrigar, e nada mais, constituindo-se, assim, em garantia da pessoa contra os excessos do Poder Público, e a segunda é a de que uma vez que exista a lei, o seu cumprimento é obrigatório, no que se constitui num dever da pessoa. Já o princípio da reserva legal, mais estrito, revela na submissão de determinada matéria ao regulamento por lei. Na Constituição aparece sob as formas "nos termos da lei" ou "na forma da lei". Sempre haverá, nesse caso, a identificação precisa da matéria que, no determinado dispositivo constitucional, está sendo submetida à lei.

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

**Comentário:**

Como já visto, este inciso visa, dentre outras coisas, proteger a dignidade da pessoa contra atos que poderiam atentar contra ela. Tratamento desumano é aquele que se tem por contrário à condição de pessoa humana. Tratamento degradante é aquele que, aplicado, diminui a condição de pessoa humana e sua dignidade. Tortura é sofrimento psíquico ou físico imposto a uma pessoa, por qualquer meio. A Lei nº 9.455, de 7/4/97, veio definir, finalmente, os crimes de tortura, até então não existentes no Direito brasileiro, tanto que o STF concedeu *habeas corpus* a um policial militar paulista que estava preso sob a alegação de ter "torturado" um preso, ocasião em que o Supremo reconheceu a inexistência do crime de tortura. Com essa lei de 1997 passou a ter definição legal, qual seja o constrangimento a alguém, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, física ou psíquica, causando-lhe sofrimento físico ou mental. A palavra "ninguém" abrange qualquer pessoa; brasileiro ou estrangeiro.

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

**Comentário:**

A liberdade de manifestação do pensamento é o direito que a pessoa tem de exprimir, por qualquer forma e meio, o que pensa a respeito de qualquer coisa. Em outras palavras, é o direito de uma pessoa dizer o que quer, de quem quiser, da maneira como quiser, no local em que quiser. A única exigência da Constituição é de que a pessoa que exerce esse direito se identifique, para impedir que ele seja fonte de leviandade ou que seja usado de maneira irresponsável. Sabendo quem é o autor do pensamento manifestado, o eventual prejudicado poderá usar o próximo inciso, o V, para defender-se.

Esse direito vem do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e a melhor doutrina entende que não há qualquer limitação de ordem formal à livre manifestação do pensamento. Alguns, como Paulo José da Costa Junior, entendem que, no plano lógico, a livre manifestação de idéias deverá ser delimitada pela veracidade e, no plano da imprensa, também pelo interesse público.

O sentido da liberdade de opinião é duplo: o valor da indiferença impõe que a opinião não deve ser tomada em consideração; e o valor exigência, que impõe o respeito à opinião.

Finalmente, ressalte-se que o pensamento, em si, não é tutelado nem pela Constituição nem pelo Direito. Apenas a sua manifestação o é.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

**Comentário:**

Se no inciso anterior falava-se do direito daquela pessoa que quer manifestar seu pensamento sobre qualquer coisa, aqui, neste inciso, cuida-se de proteger a pessoa eventualmente atingida por aquela manifestação, a qual saberá contra quem agir graças à proibição de anonimato. Os direitos do atingido são dados em duas linhas. A primeira, é o direito de resposta proporcional à ofensa. Essa proporcionalidade deve ser observada no meio e no modo. Assim, se a pessoa foi atingida verbalmente, e somente ela própria ouviu a ofensa, a resposta deverá ser verbal e pessoal, não, por exemplo, escrita ou transmitida pela televisão. Além disso, se a ofensa foi por escrito, por escrito deverá ser a resposta, e não, por exemplo, através de agressão física.

A segunda linha de defesa do ofendido ocorre através do pedido de indenização em juízo, pela ação cível própria. Os danos indenizáveis são o material (representado pelos danos causados e pelos lucros não obtidos por causa da ofensa), moral (à intimidade da pessoa, independentemente de ter a ofensa sido conhecida por qualquer outra pessoa, bastando que se sinta ofendido) e à imagem (dano produzido contra a pessoa em suas relações externas, ou seja, à maneira como ela aparece e é vista por outras pessoas). As indenizações pedidas pelas três linhas são acumuláveis, o que significa dizer que podem ser pedidas na mesma ação e somadas para o pagamento final.

É importante reproduzir a análise de Chassan, comentando a Constituição dos Estados Unidos, para quem "de resto, a liberdade ilimitada da palavra e da imprensa, isto é, a autorização de tudo dizer e de tudo publicar, sem expor-se a uma repressão ou a uma responsabilidade qualquer, é, não uma utopia, porém uma absurdistade que não pode existir na legislação de nenhum povo civilizado".

**VI** - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

**Comentário:**

Este inciso trata de três direitos: o de ter liberdade de consciência e de crença (que não são a mesma coisa), o de ter livre o exercício do culto religioso pelo qual tenha optado, e o de ter os locais onde esses cultos são realizados protegidos contra agressões de quem quer que seja.

Consciência e crença são diferentes, porque a primeira é uma orientação filosófica, como o pacifismo e o naturismo (nudismo), além do que, uma consciência livre pode optar por não ter crença nenhuma, como no caso dos ateus e agnósticos. Estes também estão protegidos pela Constituição, porque trata-se de um direito individual. Os adeptos de ritos satânicos também estão protegidos pelo dispositivo, porque, mal ou bem, também é de crença que se trata, e, desde que respeitem os direitos de outras pessoas e as leis, poderão exercer os seus ritos sob proteção constitucional.

O livre exercício dos cultos não é amplo, devendo ser observadas as leis sobre repouso noturno e horários de silêncio, por exemplo, bem como áreas de restrição a barulhos, como proximidades de hospitais.

A proteção aos locais de cultos impede que os adeptos de determinada religião ou crença hostilizem os de outra, sob qualquer argumento. Incumbirá ao Poder Público (polícia), na forma da lei, dispor sobre a maneira como se fará essa proteção.

**VII** - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

**Comentário:**

Pessoas que estiverem nessas entidades de internação coletiva civis (como hospitais, presídios e asilos) e militares (como os quartéis) podem querer praticar seus cultos ou crenças para engrandecimento espiritual. Por estarem em locais de onde o acesso a seus templos e sacerdotes não é livre, e, já que não podem ir até os locais onde está a sua religião, terão direito de receber a assistência religiosa onde estiverem, sendo o Poder Público obrigado a permitir que isso aconteça. Não poderá haver, contudo, amparo material ou financeiro do Estado para isso, porque o art. 19, I, proíbe que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios tenham qualquer envolvimento com religiões ou seus representantes, salvo exceções especiais, e esta não é uma delas. Essa assistência religiosa será prestada à conta da própria religião ou do interessado.

**VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

**Comentário:**

A regra geral é de que não poderá ocorrer a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, até porque acabamos de ver, acima, que a Constituição dá direito à liberdade de consciência e de crença, e não poderia haver punição de qualquer tipo para a pessoa que exerce um direito constitucional. Todavia, há possibilidade de ocorrer a privação de direitos se a pessoa, baseada em uma das liberdades citadas, recusar-se a cumprir obrigação legal a todos imposta e, também, recusar-se a cumprir uma obrigação fixada como alternativa ao não querer cumprir aquela. Por exemplo e para ficar mais claro: todo jovem na idade de 18 anos é obrigado a prestar serviço militar (obrigação legal a todos imposta); todavia, poderá recusar-se a alistar-se alegando que o Exército usa armas e que armas são instrumentos para tirar a vida de pessoas, o que a sua religião não permite, pois a vida é divina (convicção religiosa), ou que a Marinha é um instrumento de guerra, e ele é pacifista (convicção filosófica), ou que a Aeronáutica é uma força militar de um país capitalista, e ele é marxista convicto (convicção política). Por qualquer desses argumentos, o jovem não poderá ser obrigado a alistar-se, e também não poderá ser punido por isso, até porque no inciso V, acima, fica garantida a inviolabilidade de consciência. Mas será obrigado a prestar uma outra obrigação, alternativa ao serviço militar, fixada em lei. Se se recusar a essa prestação alternativa, aí sim, será punido com a privação de direitos.

O direito à escusa de consciência não está limitado simplesmente ao serviço militar, podendo abranger outras obrigações, como o alistamento eleitoral, o voto e a participação em tribunal do júri

**IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

**Comentário:**

Não pode mais o Poder Público controlar a produção de filmes, peças de teatro, livros, músicas, artes plásticas, textos em jornais e dos próprios jornais, livros e revistas, pois a regra constitucional é a da liberdade de expressão. Expressamente se diz que não poderá haver censura ou licença. O máximo que a Constituição permite é a classificação para efeito indicativo (art. 21, XVI), mas ela terá por objeto informar aos pais ou responsável, por exemplo, a que público e idade é adequado tal filme, aconselhando sobre isso, e não proibindo. As proibições que se têm visto sobre músicas e livros, por exemplo, são claras manifestações inconstitucionais de censura prévia. Cuida-se, aqui, de formas de manifestação do pensamento, já defendidas pelo inciso IV deste artigo, quando a expressão do pensamento assume forma de teatro, música, pintura, poesia, dentre outros.

**X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

**Comentário:**

Intimidade, qualquer pessoa tem, em qualquer lugar onde se encontre, pois ela significa a esfera mais íntima, mais subjetiva e mais profunda do ser humano, com as suas concepções pessoais, seus gostos, seus problemas, seus desvios, suas taras. Vida privada é uma forma de externar essa intimidade, que acontece em lugares onde a pessoa esteja ou se sinta protegida da interferência de estranhos, como a casa onde mora. Honra é um atributo pessoal da pessoa, é uma característica que reveste a imagem da pessoa dando-lhe respeitabilidade, bom nome e boa fama, além do sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Em outras palavras, e na lição de Adriano De Cupis, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa. Imagem é a figura física e material da pessoa, não só pessoal mas também por pintura, por fotografia, por televisão, por caricatura, por charge ou por reprodução de partes do corpo da pessoa pelas quais se possa identificá-la. Todas essas esferas estão constitucionalmente protegidas pela Constituição, neste inciso. Poderiam ser violadas, por exemplo, pela publicação de um livro sobre a vida de alguém (violaria intimidade e vida privada, e, talvez, a imagem), ou por fotos da pessoa num campo de nudismo, ou pela filmagem de uma pessoa muito bonita, excessivamente destacada, numa praia, para ilustrar um lançamento imobiliário. Em todos os casos, os atingidos teriam direito à indenização. Pessoas com imagem pública, como políticos, ou em lugares públicos, como estádios de futebol ou ruas, se filmadas ou fotografadas não individualmente, mas como parte do todo, não podem pedir indenização, porque, por estarem em lugar público, estão renunciando, naquele momento, à preservação de sua imagem. Não fosse assim, a transmissão de um jogo de futebol pela televisão levaria alguns milhares de pessoas aos tribunais em busca de indenização contra a emissora. Também não se cogita dessa proteção quando da divulgação da foto de um criminoso, psicopata ou louco, quando procurado.

Para Hubmann, o homem vive com personalidade em duas esferas: uma esfera individual e uma esfera privada. Os direitos referentes à primeira servem de proteção da personalidade dentro da vida pública; os referentes à segunda, protegem a inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro.

Na expressão "direito à intimidade" são tutelados dois interesses, que se somam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada.

Luiz Alberto David Araújo ilustra o tema como sendo a vida social um grande círculo, dentro do qual existe um menor, o da privacidade, e em cujo interior existe um outro círculo, ainda mais restrito e impenetrável, o da intimidade.

O direito à imagem possui duas variações. Uma se refere à produção gráfica da pessoa (retrato, desenho, filmagem). Outro é o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecido pelo grupo social. Ambos estão protegidos pela Constituição, como também está, por ser variável do direito à imagem, uma voz famosa, uma parte do corpo facilmente identificável e atribuível a determinada pessoa. O dano estético é indenizável por se referir à proteção da integridade da imagem.

**XI** - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

#### **Comentário:**

A casa é o lugar onde a pessoa que nela mora tem total proteção à sua intimidade e vida privada. Por isso, com seu consentimento, qualquer pessoa pode entrar nessa casa, mas não sem consentimento, nem contra ele, a não ser em alguns casos, que veremos agora. Antes disso, perceba que a proteção é dada ao morador, não ao proprietário, porque não importa, para esses fins, a que título a pessoa está morando no local. A proteção é dada a quem habita a casa (que abrange qualquer tipo de moradia, de barraca de camping e barracos até mansões e, em alguns casos, os locais de trabalho).

Uma casa pode ser penetrada a qualquer momento, durante o dia ou à noite, para prestação de socorro (como no caso de um acidente envolvendo o morador), em caso de desastre (incêndio, inundação, queda de árvore sobre a casa, terremoto) e em flagrante delito (em todos os quatro casos que o Código Penal prevê: quando o crime está sendo cometido, quando acabou de ser cometido, quando houver perseguição ao criminoso, logo após o crime. E quando o criminoso for encontrado, logo depois, com objetos ou instrumento que façam presumir ser aquela pessoa o autor do crime). Vale lembrar que qualquer pessoa pode prender quem quer que se encontre numa das quatro situações de flagrante delito.

Por determinação judicial só é possível entrar em uma casa durante o "dia". Como não há uma definição de "dia" para efeitos penais, é adotada a definição do Direito Civil, onde dia é o período que vai das 6h às 20h (até dezembro de 1994 era das 6h às 18h). Finalmente, vale informar que esse período de "dia" é para o ingresso na casa, não para permanência nela, pelo que um oficial de justiça pode entrar, com mandado, numa casa, às 19h59 e lá permanecer até a conclusão da diligência ou até às 22h, quando começa o horário tido como de repouso noturno.

Ressalte-se, também, que a Constituição quer uma autorização judicial, não policial ou administrativa, que são inconstitucionais para esses fins.

Segundo lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, "casa", no Direito Constitucional, tem sentido próprio e abrangente, distinto da conceituação do Direito Privado ou de outros ramos do Direito Público. Em seu significado constitucional, alcança qualquer lugar fechado, de que o indivíduo serve-se para si, ou também para sua família, de maneira exclusiva, em caráter definitivo ou habitual, a qualquer título. Assim, os estabelecimentos de trabalho, as oficinas e os escritórios também são resguardados por essa proteção constitucional, desde que não abertos ao público em geral.

A vedação constitucional é dirigida tanto ao Poder Público quanto ao particular, constituindo, a violação dessa garantia, crime previsto no art. 150 do Código Penal.

São titulares de tal direito quaisquer pessoas, brasileiros ou estrangeiros, e estende-se, também, à pessoa jurídica, como forma de proteção da pessoa física.

A permissão de penetração em domicílio por determinação judicial é chamada de reserva jurisdicional. Por fim, a Constituição comporta uma hipótese de quebra dessa inviolabilidade. Está ela prevista no art. 139, V onde se lê a possibilidade de busca e apreensão em domicílio no caso de estado de sítio.

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

#### **Comentário:**

Trata-se, aqui, da proteção constitucional a quatro sigilos, todos relacionados com comunicação. A única forma de sigilo que poderá ser quebrado, no dizer deste inciso, é o de comunicação telefônica, mas em hipóteses muito específicas: é necessário, primeiro, que haja uma ordem judicial prévia ao grampo; depois, que essa violação esteja sendo feita para uma de duas únicas finalidades: ou investigação criminal (que só pode ser feita por autoridade policial) ou instrução processual penal (por autoridades judiciárias). A Lei nº 9.296, de 24/7/96, veio regulamentar a possibilidade constitucional de interceptação das comunicações telefônicas, isso depois de o Supremo Tribunal Federal ter decidido que a atual Constituição não recepcionou, no ponto, o antigo Código Nacional de Telecomunicações. Por essa lei, a autorização para a quebra do sigilo telefônico deverá ser dada por autoridade judicial, sob sigilo de justiça, e a sua disciplina se aplica também ao sigilo das comunicações em sistemas de informática. A autorização judicial vai depender da demonstração, geralmente pela autoridade judicial, das razões e indícios claros de autoria de crime contra quem há de sofrer a degravação. O grampo telefônico poderá ser determinado de ofício pelo juiz do processo ou a requerimento da autoridade policial ou de membro do Ministério Público.

É importante notar que, constitucionalmente, todos os quatro sigilos previstos neste inciso podem ser quebrados. É o que se vê na leitura do art. 136, S 1º, I, alíneas b e c (no caso de estado de defesa) e art. 139, III (no caso de estado de sítio).

A proteção buscada aqui pela Constituição foi a do direito à privacidade e à intimidade. Quanto à correspondência, a Constituição também proíbe o conhecimento da origem, do número e da qualidade e tipo da correspondência de determinada pessoa. Questão importante refere-se à propriedade da correspondência. A carta pertence ao remetente até o momento em que chega às mãos do destinatário, quando então passa a ser propriedade deste.

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

**Comentário:**

A regra é simples. Se não houver lei disposta sobre determinada profissão, trabalho ou ofício, qualquer pessoa, a qualquer tempo, e de qualquer forma, pode exercê-la (por exemplo, artesão, marceneiro, carnavalesco, detetive particular, ator de teatro). Ao contrário, se houver lei estabelecendo uma qualificação profissional necessária, somente aquele que atender ao que exige a lei pode exercer esse trabalho, ofício ou profissão (casos do advogado, do médico, do engenheiro, do piloto de avião).

A liberdade de trabalho é definida por Ignacio Burgoa como a faculdade que tem o indivíduo de eleger a ocupação que mais lhe convém para verificar seus fins vitais; é o caminho indispensável - *sine qua non* - para o logro de sua felicidade ou bem-estar. A expressão maior da restrição ao trabalho é dada pela História, sob o manto das corporações de ofício. Hoje, existem no País mais de setenta profissões regulamentadas em lei, segundo Eduardo Gabriel Saad. Esta norma constitucional, então, fixa uma limitação à atividade do Estado, demarcando um campo impenetrável da vida individual e dando à pessoa, como regra, o poder de escolher a sua profissão, trabalho ou ofício.

**XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

**Comentário:**

Este dispositivo trata das duas pontas da relação de informação. Primeiramente, ao falar da pessoa a quem se dirige a informação, diz ele que toda e qualquer pessoa tem o direito constitucional de ser informada sobre tudo o que não estiver protegido pelo sigilo oficial.

De outro lado, sabia o constituinte que as informações mais importantes geralmente comprometem a sua fonte, pela sensibilidade dos interesses envolvidos, pela relevância da questão, especialmente no setor público, político e empresarial. Para que também essas informações cheguem ao brasileiro, e assim o seu direito pleno à informação seja amplamente atendido, foi assegurado ao profissional de imprensa o poder de manter a origem da informação divulgada sob sigilo.

A liberdade de informação, aqui prevista e preservada, abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado. Ou seja: de passar a informação, de buscar a informação e de receber a informação. Quanto à informação, veja também o que consta no art. 220, par. 1º. Finalmente, quando houver um conflito entre o direito à honra e o direito de informar, prevalece, segundo o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, o direito de informar, desde que a informação seja verdadeira, sua divulgação seja essencial ao entendimento da notícia e não se faça uso de forma insidiosa ou abusiva.

**XV** - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

**Comentário:**

Direito fundamental da pessoa, o direito de ir, vir e ficar está assegurado nos termos deste inciso, e qualquer ato contra ele é atacável por *habeas corpus* (inciso LXVIII deste art. 5º). Em tempo de paz significa tempo de normalidade democrática e institucional. Em caso de guerra ou mesmo em caso de estado de sítio (art. 139, I) poderá haver restrição ao direito de locomoção.

A parte final diz que qualquer pessoa (inclusive estrangeiro) poderá entrar, ficar ou sair do Brasil, nos termos da lei, lei esta que não poderá impor obstáculos intransponíveis a essa locomoção, mas apenas dispor sobre passaporte, registro, tributos e coisas do gênero. Qualquer bem móvel está compreendido na proteção do dispositivo.

Uma pessoa submetida a quarentena médica (por doença contagiosa, por exemplo) não poderá invocar esse direito de liberdade de locomoção, porque entre esse e o direito da população de não ser contaminada pela doença prevalece este, o direito coletivo.

Ainda, no direito de ir, vir e ficar se compreende o direito de fixar residência. O direito de locomoção, na lição de José Afonso da Silva, implica o direito de circulação por via pública ou afetada ao uso público (como uma servidão).

**XVI** - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

**Comentário:**

Trata-se aqui do direito de reunião (cuja principal característica é ser eventual e temporária) e que se define como um direito de ação coletiva que envolve a adesão consciente de duas ou mais pessoas com a finalidade de realização de um objetivo comum. Desde que pacífica (sem propósito hostil) e sem armas, a reunião em local aberto ao público depende de uma única providência, que é o prévio aviso à autoridade competente. Esse prévio aviso tem duas finalidades: a primeira, assegurar aos comunicantes um direito de preferência sobre outras reuniões posteriormente marcadas para o mesmo local, dia e hora (note que uma reunião não poderá frustrar outra "anteriormente convocada" para o mesmo local); e a segunda, dar à autoridade condições de providenciar segurança e policiamento no local, se entender necessário. Esse prévio aviso não é, ressalte-se, um requerimento ou pedido; é uma mera comunicação. Se a reunião preencher as condições do inciso, não poderá a autoridade impedir a sua realização em local próprio. Segundo Canotilho, para haver reunião não basta que algumas pessoas se encontrem juntas, já que se exige desde logo a consciência e a vontade de reunião. O caráter temporário é, também, essencial, pois, se houver permanência, tratar-se-á de associação.

**XVII** - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

**Comentário:**

Associação é diferente de reunião por ter um caráter de permanência e objetivos definidos, em torno dos quais se associam pessoas que os buscam. Ou seja, é uma coligação voluntária de duas ou mais pessoas com vistas à realização de um objetivo comum, sob direção única. Essa associação pode ter inúmeras características (empresarial, cultural, filantrópica, política, sindical, esportiva, recreativa). Essa liberdade é plena, desde que os fins da associação sejam lícitos (e são lícitos os fins expressamente permitidos pela lei ou não expressamente proibidos pela lei), e não tenha ela caráter paramilitar. Esse caráter é expressado geralmente pelo uso de uniformes, ou uso de armas, ou treinamento marcial, ou sistema interno de hierarquia e uso de palavras de ordem. A ocorrência de uns ou alguns desses requisitos pode indicar a existência de uma associação de caráter paramilitar. Uma torcida organizada de futebol, por exemplo, poderá vir a ser encaixada nessa proibição.

Ainda, se a associação quiser adquirir personalidade jurídica, deverá ser registrada na forma da lei. Mas a aquisição dessa personalidade é opção dos associados. Não querendo, poderão fazer funcionar a entidade independentemente de qualquer providência, já que a liberdade de organizar-se em associação é, viu-se, plena.

**XVIII** - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

**Comentário:**



Se é plena a liberdade de associação, nada mais lógico do que o direito de criá-las ser independente de autorização de quem quer que seja. Quem determina como vai ser a associação são os seus membros, e o Estado não pode interferir, por nenhum de seus órgãos, no funcionamento da entidade. Quanto à cooperativa a disciplina é um pouco diferente. A sua criação também não depende de autorização de ninguém, e nenhum órgão estatal poderá interferir na sua gestão. No entanto, a Constituição determina que se obedeça a uma lei que vai dispor sobre a criação dessas entidades especiais, lei esta que imporá certos procedimentos e providências obrigatórias para que a entidade seja chamada de cooperativa, como podem ser, por exemplo, a obrigatoriedade de existência de Conselho Fiscal, de não remunerar os cargos de comando e de reaplicar os excedentes financeiros nos objetivos da cooperativa.

**XIX** - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

**Comentário:**

A dissolução voluntária de associação depende do que os associados decidirem a respeito, ou da disciplina do assunto dada pelo regimento interno, se houver um. O que a Constituição trata é como se fará a dissolução compulsória de associação, isto é, quando ela tiver que ser dissolvida contra a vontade dos sócios. Tanto para a suspensão das atividades quanto para dissolução compulsória, exige a Constituição uma decisão judicial, o que importa dizer que ordens administrativas ou policiais sobre o assunto são inconstitucionais. Além disso, é de se ver que, enquanto uma associação pode ter as suas atividades suspensas por decisão judicial ainda modificável, como aquela da qual se recorreu, a dissolução exige decisão judicial com trânsito em julgado, isto é, decisão definitiva, imodificável, da qual não cabe mais recurso, isso porque essa decisão é mais drástica e de mais difícil reversão, pelo que tolerar que uma decisão provisória dissolvesse associação e, depois, pela reforma da decisão, permitir a sua reestruturação, seria um contra-senso. O que se pretende é segurança.

**XX** - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

**Comentário:**

O direito individual de associar-se é exatamente isso: um direito. Ninguém pode ser obrigado à associação, nem a permanecer em uma.

A liberdade de associação foi erguida a plano constitucional a partir da segunda metade do século passado. Segundo Eduardo Saad, até então o pensamento de Jean Jacques Rousseau, hostil à formação de órgãos intermediários entre o homem e o Estado, serviu de barreira à proteção ao direito de associação. Esse dispositivo se aplica, além das associações, às entidades sindicais.

**XXI** - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

**Comentário:**

O assunto, aqui, é a representação processual, isto é, o direito de uma entidade defender em juízo ou fora dele, em nome de terceiros, um direito que não é seu, mas de um, alguns ou todos os seus associados, amparado por mandato. Eduardo Saad concorda em que não se trata, aqui, de substituição processual, quando alguém age em juízo em nome próprio para a defesa de interesse alheio, e sempre em virtude de lei, conforme estatui o art. 6º do Código Civil. Como visto acima, a liberdade de constituir uma associação é plena e não é imposta nenhuma condicionante a isso. Em face dessa imprecisão, não se pode deduzir que uma pessoa que se ligue a uma associação de qualquer tipo esteja, ao filiar-se, implicitamente autorizando a entidade a representá-la, judicial ou extrajudicialmente. Como isso não pode ser presumido, a Constituição exige que uma associação, quando atuar em defesa de interesse de associados, antes de mais nada prove por escrito que está autorizada expressamente por esse ou esses associados a falar em nome deles. Sem essa prova, a associação é ilegítima para essa representação. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não há necessidade de autorização específica para a associação atuar em nome de seus associados, bastando a estatutária.

O mesmo não ocorre, por exemplo, em relação às organizações sindicais (art. 8º, III), também habilitadas a defender os interesses dos seus sindicalizados judicial e extrajudicialmente, mas sem precisar provar que estão autorizados a isso, porque tal autorização se presume das próprias finalidades do sindicato. Quando alguém se filia a um sindicato é lícito admitir que fez isso procurando reforçar-se para defender os seus direitos. É feita a ressalva, contudo, de que, quando o sindicato

postula sobre direitos individuais de seus filiados é imprescindível a outorga de poderes a ele, para regularizar a representação processual.

**XXII** - é garantido o direito de propriedade;

**Comentário:**

Este dispositivo assegura toda e qualquer propriedade, desde a imobiliária até a intelectual e de marcas. É um dispositivo pelo qual se reconhece à pessoa, no Brasil, o direito de ser proprietário de algo, em contraponto com exclusividade da propriedade estatal de outros regimes. O direito de propriedade, genericamente, pode ser definido como um direito subjetivo que assegura à pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esse poder contra todos que eventualmente queiram a ele se opor, segundo lição de Luiz Alberto David Araújo.

**XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social;

**Comentário:**

Função social da propriedade é um conceito que dá a esta um atributo coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. Ou seja, a propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social. um benefício pela manutenção e uso da propriedade.

A Constituição define o conceito de função social da propriedade em relação a dois dos seus tipos. Quanto à propriedade urbana, função social é aquela estabelecida no art. 182, § 2º. Quanto à propriedade rural, o conceito está no art. 186.

**XXIV** - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

**Comentário:**

Desapropriação é uma forma de aquisição de bens pelo Poder Público. Em outras palavras, é um instrumento de que se vale o Estado para retirar a propriedade de um particular e incorporar ao patrimônio público, indenizando o ex-proprietário. A Constituição estabelece três tipos de desapropriação:

- por necessidade pública, quando é indispensável que determinado bem particular seja usado para uma finalidade pública;
- por utilidade pública, quando não é indispensável, mas é conveniente que determinado bem seja usado no desempenho de atividade pública;
- por interesse social, que é um argumento vasto, mas dentro do qual cabem argumentos que sustentem que a propriedade, por qualquer motivo, será mais bem aproveitada se transferida ao patrimônio público do que se mantida sob o poder do particular.

A indenização há de ser justa, o que implica dizer que o preço a ser recebido pelo particular desapropriado deverá corresponder o mais possível ao que ele receberia se vendesse a propriedade pela sua vontade.

Além de justa, há que ser prévia, ou seja, antes de o Estado passar para o seu patrimônio a propriedade do particular, este já deve ter sido indenizado.

As indenizações devem ser pagas em dinheiro.

Há duas exceções a essa regra geral.

A primeira é que algumas desapropriações são feitas mediante indenização justa e prévia, mas em títulos, não em dinheiro. Esses títulos são devidos pela desapropriação de imóvel rural (títulos da dívida pública), nos termos do art. 182, § 4º, III, geralmente, quando não cumpre a sua função social, ou, sob o mesmo argumento, pela desapropriação de imóveis rurais (títulos da dívida agrária), conforme previsto no art. 184, *caput*.

A segunda exceção é uma desapropriação com efeito de confisco, feita, portanto, sem indenização do proprietário particular, na forma do art. 243, sobre terras onde exista cultivo de plantas psicotrópicas (*cannabis sativa*, *eritroxilon coca*, *epadu*, *papoula*).

**XXV** - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

**Comentário:**

O inciso fala do instituto da requisição administrativa, pelo qual o proprietário particular do bem não perde a propriedade, mas terá que tolerar a ocupação ou o uso dela durante um certo período de tempo, para que o Poder Público enfrente uma situação de iminente perigo público, como uma enchente, ou de guerra. Finda a ocupação, o Estado desocupará ou devolverá o bem do particular e ficará obrigado a indenizar este, se da ocupação ou uso resultou algum dano material ao bem.

**XXVI** - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

**Comentário:**

Este inciso abre uma exceção à regra da penhorabilidade dos bens dados em garantia de financiamentos. Como o pequeno proprietário subsiste do que colhe e produz em sua terra, tolerar a penhora desta para o pagamento de dívidas seria o mesmo que condenar o pequeno colono à fome ou à marginalização das favelas nas cidades. Para isso, o constituinte fixou que a pequena propriedade rural não é penhorável, pedindo, para isso, quatro requisitos:

- a) a propriedade deve ser classificada como pequena nos termos da lei;
- b) deve ser produtiva;
- c) deve produzir a partir do trabalho familiar, exclusivamente;
- d) finalmente, a origem da dívida deve ter sido financiamento da atividade produtiva da propriedade. Como, nessas condições, dificilmente um pequeno colono obteria crédito agrícola em bancos, manda o inciso que a lei disponha sobre a forma como será viabilizado o financiamento da produção nessas propriedades.

**XXVII** - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

**Comentário:**

O direito autoral é uma das formas de propriedade garantidas pela Constituição. O resultado material da exploração da obra do autor é auferido por ele vitaliciamente. Com a sua morte, esses direitos passam aos herdeiros (cônjuge, pais ou filhos), caso em que serão desfrutados também de forma vitalícia. Se, contudo, tais herdeiros forem distantes, a sucessão nesses direitos se dará por prazo determinado, que a lei informa ser, hoje, de 60 anos, a contar de primeiro de janeiro do ano seguinte à morte do autor.

**XXVIII** - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

**Comentário:**

Obras coletivas quer dizer uma peça de teatro, um filme, uma novela, uma atividade desportiva coletiva. As pessoas que participam da realização dessas obras têm direito constitucional de receber remuneração por essa participação, na medida dela. E extensão desse direito à reprodução da imagem e voz humanas reconhece a importância dos trabalhos de certas pessoas na mídia, como os narradores e locutores esportivos, cuja presença em um ou em outro canal significa um aumento de qualidade e de arrecadação pelas emissoras.

A Segunda alínea estabelece o direito de tais participantes de fiscalizar o resultado econômico das obras de que participarem, de forma a não haver burla no cálculo do direito autoral a que fazem jus.

**XXIX** - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

**Comentário:**

A definição do que seja invento industrial ou criação industrial é matéria do Código Nacional de Propriedade Industrial, em fase final de tramitação no Congresso Nacional, pelo que não vamos tratar aqui desses conceitos. Apenas importa, para os objetivos dessa obra, fixar que o que for invento industrial terá uma proteção temporária, não vitalícia. Isso se justifica. Como o progresso tecnológico e sua importância para a humanidade dependem, em grande medida, de se conhecer determinados inventos e, partindo deles, obter-se inventos melhores, o constituinte resolveu impor uma proteção apenas temporária, para que o inventor, através do recebimento de *royalties*, seja remunerado pelo seu talento e atividade intelectual empregados na invenção. Depois desse prazo, contudo, o invento cai no domínio comum, para acesso de qualquer pessoa.

O mesmo não acontece com as criações industriais, as marcas, os nomes de empresas e seus símbolos, que são propriedade perene dos seus detentores. É razoável a disciplina, já que o maior ou menor valor da marca ou do nome de uma empresa tem relação direta com a qualidade de seus produtos, o que justifica o interesse da empresa em aprimorá-los e o interesse do Estado em proteger essa propriedade.

A ressalva final, quanto ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País é perigosa e pode levar à negativa do reconhecimento de patentes e progressos tecnológicos estrangeiros utilizados no Brasil.

A proteção ao invento vem de longa data no Brasil. Foi introduzida entre nós pelo Alvará do Príncipe Regente de 28 de janeiro de 1809, o que nos tornou o quarto país do mundo a tratar do assunto.

**XXX** - é garantido o direito de herança;

**Comentário:**

Herança é o patrimônio do falecido, o conjunto de seus direitos e deveres. Com a morte do titular, chamado por alguns de *de cujus* e por outros de autor da herança, esse conjunto se transfere, no momento exato do falecimento, aos herdeiros legítimos e testamentários do morto, segundo lição precisa de Sílvio Rodrigues. Essa sucessão pode dar-se de duas maneiras: decorrendo de disposições de última vontade (testamento), é chamada sucessão testamentária; decorrendo da lei, é dita sucessão legítima.

**XXXI** - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*;

**Comentário:**

Um bem (como um imóvel) de brasileiros, situado no Brasil, terá sempre a sua sucessão regulada pela lei brasileira. Um bem de estrangeiro, contudo, situado no Brasil, abre ao cônjuge sobrevivente e aos seus filhos, desde que brasileiros, o direito de escolher entre a lei brasileira e a lei do País de origem do cônjuge falecido para regular a sucessão, podendo aplicar aqui qualquer das duas, escolhendo a que lhes seja mais favorável. Segundo Maria Helena Diniz, o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa, ou, de outra forma, fazer-se titular de direitos e obrigações que não eram seus.

**XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

**Comentário:**

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ficou preenchido o sentido desse dispositivo, que voltou-se à pessoa na condição de consumidor, para assegurar a ela um grupo de direitos que a tirem da posição de inferioridade em que estão em relação ao produtor ou ao vendedor de determinado produto ou serviço.

**XXXIII** - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de

responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

**Comentário:**

O que a Constituição quer garantir aqui é a publicidade dos atos de governo, impedindo uma administração sigilosa ou secreta. O cidadão, que se quer cada vez mais participativo da vida do Estado, pode requerer informações em que tenha interesse particular, mas também pode fazê-lo em relação àquelas em que tenha interesse remoto, posto que interessam à coletividade, à sociedade. Somente é admitida a não prestação das informações pelos órgãos públicos quando essa for de natureza sigilosa, como as relativas às Forças Armadas, à segurança nacional, às reservas energéticas e à matéria radioativa.

O servidor a quem a lei incumbe o dever de prestar tais informações será punido pela prática de crime de responsabilidade se não fizer isso no prazo que a lei lhe estabelece.

Essas informações serão pedidas por requerimento ao órgão público competente para prestá-las. Cabe anotar, por importante, que a não-observância desse direito subjetivo a informações nem sempre será corrigida pelo *habeas data*, mas somente nos casos em que a informação perseguida diga respeito à própria pessoa do requerente. Nos demais casos (informações de interesse coletivo ou geral, ou informações de interesse pessoal que não sejam a respeito da própria pessoa), a ação adequada é o mandado de segurança.

**XXXIV** - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

**Comentário:**

Toda e qualquer pessoa, inclusive estrangeiros, pode requerer informações para defender seus direitos, ou obter certidão em repartição pública para defesa de direitos ou esclarecimento de situação pessoal. A locução “em defesa de direitos” permite que o direito de petição seja usado para defender tanto direitos individuais quanto coletivos ou gerais. O direito de petição, que este inciso consagra, também identifica um instrumento de participação individual na vida do Estado, pois possibilita o exercício das prerrogativas de cidadania.

Essas informações serão prestadas pelo órgão competente, e a Constituição proíbe que seja cobrada taxa (entendida como espécie do gênero tributo) sobre tais prestações.

Dentre as pessoas que podem usar o direito de petição estão o cidadão, para exercer o direito de obter informação, do qual tratamos no inciso anterior, e o servidor, para pedir a reapreciação de punição administrativa que tenha sofrido. O direito de petição é um direito político, que pode ser exercido por qualquer um, pessoa física ou jurídica, em forma rígida de procedimento para fazer-se valer, caracterizando-se pela informalidade, bastando a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que pretende. Pode vir exteriorizado como petição, representação, queixa ou reclamação.

O direito de certidão, previsto na alínea b, segundo Luiz Alberto David Araújo, é estruturado para ser exercido contra as repartições públicas, compreendidas aí delegacias de polícia, órgãos do Poder Judiciário, Mesas do Legislativo, secretarias do Ministério Público. Certidões administrativas, na lição de Hely Lopes Meirelles, são cópias ou fotocópias fiéis e autenticadas de ato ou fato constante de processo, livro ou documento que se encontre nas repartições públicas.

Dentre as certidões contidas na alínea b estão a certidão de tempo de serviço para fins de averbação, folhas corridas e histórico funcional.

**XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

**Comentário:**

O inciso cuida do importante Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ou do Acesso ao Judiciário, ou do Direito de Ação, de onde se produzem de imediato dois importantes efeitos: é consagrado ao Judiciário o monopólio da jurisdição, e é garantido à pessoa o direito de ter acesso a esse Poder. Segundo o princípio, é inconstitucional qualquer obstáculo entre a pessoa cujo direito esteja lesado ou ameaçado de lesão e o Poder Judiciário, único competente para resolver definitivamente qualquer assunto que envolva direito. A decisão proferida pelo Judiciário é, assim, final

e impositiva, e deverá ser observada pelas partes, sendo que não é possível a rediscussão do assunto no próprio Judiciário ou em qualquer dos outros Poderes da República.

Muito importante notar que não existe mais constitucionalidade numa figura adotada na esfera administrativa em tempos passados, chamada de instância administrativa de curso forçado, pela qual toda pessoa, especialmente servidor público, que fosse lesada por ato administrativo teria que expor suas razões primeiro ao próprio órgão, e só depois de resolvida por ele é que teria acesso ao Judiciário. Hoje, o ingresso na via administrativa é opção do administrado, que poderá usá-la ou não.

Como se viu na análise do inciso II deste artigo, o Princípio da Legalidade afirma que somente a lei pode obrigar a fazer ou não fazer alguma coisa. E essa lei nunca poderá prever que eventuais danos que cause ou possa causar na sua aplicação não poderão ser apreciados pelo Judiciário, ou somente poderão sê-lo depois da tomada de outra atitude.

Para Nelson Nery Junior, o fato de as partes constituírem compromisso arbitral não significa ofensa ao princípio do direito de ação, porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto desse compromisso, e as partes, quando o celebram, estão abrindo mão do uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral.

A garantia de acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito, mas a cobrança de taxas excessivas, que criem obstáculo ao uso da jurisdição, tem sido dada por inconstitucional.

**XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

**Comentário:**

Direito adquirido é aquele que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, pelo aperfeiçoamento de algum ato que o confere, e do domínio dessa pessoa não pode ser retirado. Ou, é um direito exercitável pela pessoa no momento em que se tenta tirá-lo dela. Por exemplo, após dois anos de efetivo exercício, o servidor adquire o direito à estabilidade no serviço público. Se se tentar exonerá-la de ofício, esse servidor vai exercer o direito da estabilidade contra o ato; se se tentar eliminar o direito por outra lei, essa nova lei será dada por inconstitucional.

Ato jurídico perfeito é aquele que reúne sujeito capaz (com capacidade civil plena, ou seja, aos 21 anos), objeto lícito (o que se está fazendo deve ser expressamente permitido por lei ou não expressamente proibido por ela) e forma prescrita ou não defesa em lei (o revestimento externo do ato deve ser aquele que a lei obriga ou, não obrigando, um que a lei não proíba).

Coisa julgada é o objeto sobre o qual versava determinada demanda judicial, o qual, com o fim do processo, torna-se imodificável. Assim, se o processo era para saber quem é o proprietário de determinado imóvel, ao seu fim, com o trânsito em julgado, a Justiça vai dizer quem é o proprietário, e a coisa (quem era o dono do imóvel) fica julgada, não mais podendo ser rediscutida.

O que o inciso protege são essas três instituições jurídicas de lei posterior que pretenda retroagir para eliminar um direito adquirido, para desfazer um ato jurídico perfeito, para impor novo julgamento de coisa julgada. As leis, em regra, produzem efeitos para o futuro ou para os atos em andamento, não podendo retroagir. A lei penal pode retroagir, em determinadas condições, para beneficiar o réu.

**XXXVII** - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

**Comentário:**

Juízo ou tribunal de exceção é juízo ou tribunal não previsto na Constituição. O Poder Judiciário não admite novidade na sua estrutura. Qualquer juízo não previsto, qualquer tribunal especial, será dado como de exceção e, por isso, declarado inconstitucional pelos meios próprios.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão vencedor de autoria do Ministro Celso de Mello, já afirmou que a supressão, contra o réu, de quaisquer direitos processuais, garantias ou prerrogativas, com violação do devido processo legal, equivale a transformar qualquer juízo em juízo de exceção.

Na definição de Nelson Nery Junior, tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa, ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal. A proibição da existência de tribunais de exceção não abrange as justiças especializadas, as quais são atribuições e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário. Também não se pode confundir tribunal de exceção com privilégio de foro, que ocorre quando a lei favorece alguém em razão de uma condição pessoal, no interesse público.

As regras referentes a este inciso são complementadas pelas do inciso LIII, onde se cuida do princípio do juiz natural.

**XXXVIII** - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

**Comentário:**

O tribunal do júri é uma especialização da justiça criminal de primeira instância. Crimes geralmente são julgados por juízes chamados singulares porque sentenciam sozinhos. Todavia, se se tratar de crime doloso contra a vida (definiremos logo abaixo), esse juiz não mais poderá prosseguir no processo, devendo remetê-lo para um órgão chamado Tribunal do Júri, onde o julgamento será feito por sete pessoas comuns do povo, em geral não conhecedoras de Direito. Esse tribunal é presidido por um juiz de carreira, chamado Juiz-Presidente, a quem incumbe transformar a decisão dos jurados em sentença.

Plenitude da defesa é a garantia que o acusado tem de usar todos os meios legais para tentar provar a sua inocência, desde que a prova lhe aproveite. Um tribunal de júri em que o Juiz-Presidente não permita ao acusado produzir determinada prova lícita que lhe era necessária é nulo.

O sigilo das votações impõe que os jurados, ao decidirem sobre os quesitos (perguntas feitas pelo Juiz-Presidente), terão que fazê-las sozinhos, com base no que entenderam de tudo o que foi dito pela acusação, pela defesa e pelas testemunhas. Não poderão se comunicar com ninguém enquanto fazem isso, nem quebrar o sigilo de sua decisão.

Soberania dos veredictos implica dizer que o Juiz-Presidente, ao fixar a sentença do acusado, deverá respeitar tudo o quanto decidido pelos jurados. Se, por exemplo, o júri negar a tese da legítima defesa, o juiz não poderá reconhecê-la na sentença.

A competência do júri é firmada pela existência, no processo, de crime doloso contra a vida.

O dolo pode ser direto ou indireto. Diz-se direto quando o agente quis o resultado criminoso, agiu para isso, para produzi-lo. Diz indireto quando, apesar de não querer expressamente produzir o crime, agiu sabendo da possibilidade de cometê-lo e assumiu, dessa forma, o risco de produzir tal resultado (dolo indireto eventual) ou agiu querendo produzir um ou outro resultado criminoso, por exemplo, matar ou ferir (dolo indireto alternativo).

São crimes que vão a julgamento pelo tribunal do júri, quando dolosos: o homicídio, o aborto, o infanticídio e o induzimento, instigação e auxílio a suicídio. Repita-se: quando tais crimes forem cometidos por culpa (nos casos em que isso for possível) o julgamento não será feito pelo tribunal do júri, mas pelo juiz singular.

Finalmente, frise-se que vão a júri quaisquer dos crimes acima, desde que dolosos, tanto consumados (quando o resultado criminoso é produzido) quanto tentados (quando, apesar de o agente ter feito tudo para produzir o resultado, este não se produziu).

**XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

**Comentário:**

Trata-se aqui do Princípio da Anterioridade da Lei Penal, que em muitos livros e tribunais é também chamado de Princípio da Legalidade ou Princípio da Reserva Legal. Seu conteúdo é simples. Como o crime nada mais é do que uma conduta humana punível, nenhuma conduta humana será considerada crime sem uma lei anterior ao fato (e não ao julgamento) que o preveja como crime. Essa lei anterior também precisa fixar a pena. Logo, antes da data em que o fato aconteceu é preciso que haja uma lei estabelecendo que aquela conduta é punível e como é punível, sem o que não se poderá falar em crime.

Formalmente, então, crime é a descrição de uma conduta acompanhada de sanção, pelo que o delinqüente não viola a lei penal, mas, ao contrário, a realiza, incorrendo por isso na sanção a ela imposta. É de notar, como o faz o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que é insuficiente apenas a lei anterior à conduta. Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso, ou seja, a definição da conduta punível deve ser precisa, para que se garanta o direito de liberdade da pessoa, e é dessa precisão que resulta a proibição de interpretações extensivas ou analógicas, que levem o julgador a, estendendo a descrição da norma penal, abranger e reger outras condutas não

expressamente previstas. A conduta precisamente descrita pela lei como punível é chamada de tipo penal.

A pena, por seu turno, também há de vir especificada, determinada e delimitada em qualidade e quantidade.

Por fim, a competência para legislar sobre Direito Penal foi mantida como privativa da União (art. 22, I).

**XL** - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

**Comentário:**

Este singelo enunciado esconde três princípios: Princípio da Retroatividade da Lei mais Benigna, segundo o qual a lei penal retroage para beneficiar o réu; o Princípio da Irretroatividade da Lei mais Gravosa, segundo o qual a lei mais prejudicial ao réu não retroage; e o Princípio da Ultra-atividade da Lei mais Benigna, que estabelece que a lei mais benéfica ao réu age mesmo após a sua revogação, para amparar o processo e julgamento de réu que tenha cometido ilícito sob sua égide.

É conveniente frisar que esses três princípios valem para a lei penal, e não para qualquer lei.

Em razão do princípio da reserva legal, visto acima, a relação jurídica no campo penal é definida pela lei vigente à época do fato, sendo esse o conteúdo do brocardo latino *tempus regit actum*. Essa é a regra. Enquanto não desconstituída a relação jurídica penal, contudo, a lei que rege o ato poderá ser outra e não mais aquela da época da conduta, desde que uma lei posterior ou anterior seja mais favorável ao réu. Em importante lição, Luiz Vicente Cernicchiaro ensina que, em verdade, a lei penal não retroage, o que, se acontecesse, faria com que ela operasse para o passado. Por imperativo constitucional, contudo, a lei penal mais benéfica aplica-se incondicionalmente e alcança a relação jurídica como está no momento em que a lei mais benéfica se faz vigente e, a partir de então, a lei anterior, porque mais benéfica, cede lugar à mais benigna, fazendo com que os direitos e deveres contrapostos sejam modificados. Essa modificação legal inicia-se com a nova lei, a partir da respectiva vigência, apesar de o fato que originou a relação processual ser anterior. A rigor, portanto, a lei não regula o fato, mas a relação jurídica que o tem como causa. Vale dizer: a lei não tem efeito retroativo, nem alcance ultrativo. Para que isso acontecesse, seria necessário produzir efeitos antes e depois de sua vigência, e não é isso que acontece. Respectivamente, sendo a lei mais favorável, ela afasta a incidência da lei anterior ou impede que a posterior a afaste.

Finalmente, é de se frisar que o benefício ao réu poderá ser de qualquer ordem, desde a extinção do tipo penal (chamada *abolitio criminis*), até a diminuição da pena e a criação de penas alternativas, além do estabelecimento de novas condições de punibilidade.

**XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

**Comentário:**

O que se pretende neste inciso é que a lei venha a estabelecer punições para toda e qualquer conduta com fundamento discriminatório, quer cometida por particular, quer pelo Estado. O dispositivo é, na verdade, um reforço da garantia de igualdade perante a lei.

**XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

**Comentário:**

Este inciso tem vários pontos técnicos. Primeiro, o próprio crime de racismo, que à época da promulgação da Constituição ainda não existia, e que hoje é qualquer discriminação com base em raça (como chamar alguém de macaco, de amarelo, de branquela), e também as condutas adotadas com base em preconceito de raça (como não permitir que um negro entre no seu restaurante, proibir um oriental de entrar no seu táxi ou um branco de entrar no seu clube).

Crime inafiançável é crime que não admite fiança, e fiança é um pagamento que a pessoa faz ao Poder Judiciário para poder responder ao processo em liberdade provisória. A condição de inafiançável do crime de racismo, assim, impõe que, se quem o praticou estiver preso, preso vai ficar até o final do processo.

Crime imprescritível é crime que não sofre prescrição, e prescrição é um prazo dentro do qual o Estado tem poder para encontrar, processar, punir e executar a pena do criminoso. Findo esse prazo, nada mais a Justiça pode fazer contra o criminoso. Crime imprescritível, pois, é crime em relação ao qual a Justiça jamais perde o poder de punir o seu autor.



A pena de reclusão, tanto quanto a de detenção, é privativa de liberdade. A de reclusão, contudo, é mais severa, pois é a única que pode levar o preso ao regime fechado de cumprimento de pena, em penitenciária.

**XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

**Comentário:**

Fiança é um pagamento feito pela pessoa presa para responder ao processo penal em liberdade. Um crime considerado inafiançável é um crime que não admite fiança, o que significa dizer que, se a pessoa for presa em flagrante por tal crime, deverá ficar presa até o final do processo. Graça e anistia são dois tipos de benefícios que podem ser dados à pessoa presa ou condenada a prisão. A graça considera as condições pessoais do preso, como bom comportamento, e a anistia parte de um pressuposto objetivo, como um determinado limite de pena (poderiam ser anistiados todos os condenados a penas inferiores a 6 meses de reclusão, por exemplo). Os crimes e o grupo de crimes previstos neste inciso não admitem nenhum dos dois benefícios. Note, também, que nada há sobre imprescritibilidade, o que implica dizer que todos esses crimes são prescritíveis. São eles o tráfico de drogas, o terrorismo, a tortura e os crimes hediondos (são hediondos, dentre outros, os crimes de homicídio qualificado, o latrocínio, a extorsão com morte, o estupro em todas as suas formas).

Na parte final temos que responderão por esses crimes a pessoa que os comete (executor), quem mandou cometer o crime (mandante), e todas aquelas pessoas que, sabendo do crime ou o presenciando, poderiam evitá-lo se agissem, mas se omitiram.

Por lei, hoje, os crimes hediondos são, também, inafiançáveis.

**XLIV** - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

**Comentário:**

Sobre crime inafiançável e imprescritível, veja o que se disse no comentário ao inciso XLII. Por ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático entende-se o golpe de estado. Note que o fato de ser imprescritível torna o golpe de estado punível mesmo que tenha êxito e derrube o governo. Anos ou décadas depois, se o governo recuperar sua legitimidade, os golpistas poderão ser presos, sem direito a fiança, processados e condenados.

**XLV** - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

**Comentário:**

Trata-se aqui do princípio da personalização da pena ou da responsabilidade pessoal, segundo o qual a única pessoa que pode sofrer a condenação criminal é o próprio criminoso, o agente do crime, não podendo ser punido, por exemplo, um parente, o cônjuge ou um vizinho ou amigo. A execução penal, portanto, seja de que pena aplicada for, restringir-se-á ao condenado. Não afasta esse princípio da personalização, portanto, o ser a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), multas, penas restritivas de direito e quaisquer outras penas alternativas.

Por outro lado, a segunda parte do inciso fala dos efeitos civis da sentença penal condenatória, quais sejam a imposição de uma obrigação de reparar o dano causado pelo criminoso, geralmente nos crimes contra o patrimônio, como o roubo, o furto ou a apropriação indébita. Condenado o criminoso por um desses crimes e falecendo antes de devolver à vítima o valor que dela tirou, essa vítima poderá processar os eventuais sucessores do criminoso para tirar deles os valores que tenham recebido como herança (não como sucessão). É muito importante notar que a vítima não poderá retirar dos sucessores do criminoso nenhum centavo a mais do que o valor recebido por eles na sucessão, não podendo ser tocado o patrimônio pessoal de nenhum deles. Se o valor transferido não bastar para indenizar a vítima, o caso resolve-se em perdas e danos contra a vítima.

Na raiz dessa sanção civil está a identificação do patrimônio do condenado como garantia da reparação do dano, já que a obrigação de repará-lo é inafastável do causador daquele. Com a morte, há transferência do patrimônio e, havendo obrigações do falecido, cumpre ao espólio honrá-las. Note-se que os herdeiros do condenado falecido não têm obrigação de pagar o dano por aquele causado,

pois essa obrigação é do espólio, não pessoal deles, razão pela qual, diz o inciso, as dívidas serão executadas "até o limite do valor do patrimônio transferido".

Por fim, o perdimento de bens é a perda destes em favor do Estado, para reparar aos cofres públicos uma quantia que deles tenha sido retirada, como no enriquecimento ilícito ou outros crimes funcionais, como peculato.

**XLVI** - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

#### **Comentário:**

Este inciso trata das penas constitucionais, das penas possíveis no Direito brasileiro e firma o princípio da individualização da pena. Perceba, antes de mais nada, que a relação não é definitiva, mas sim apenas ilustrativa, já que a Constituição tolera expressamente outras penas além das previstas, e desde que não sejam as do próximo inciso. Sinal de que é assim é a locução "entre outras".

A privação é a perda total da liberdade, pela reclusão ou pela detenção. A restrição de liberdade é apenas um cerceamento, uma diminuição dela, e ocorre no *sursis*, nos regimes aberto e semi-aberto de prisão e no livramento condicional, por exemplo.

Perda de bens significa tê-los retirados pelo Estado, para reparar à vítima ou a si próprio.

Multa é a imposição de uma penalidade pecuniária, de um valor a ser pago pelo preso.

Prestação social alternativa é a condenação do condenado a fazer alguma coisa em benefício da sociedade, como forma de reparar todo ou parte de seu crime, como pintar as paredes de uma associação comunitária, auxiliar no atendimento em creche ou orfanatos, ministrar aulas gratuitas e outros. Corresponde às penas restritivas de direitos, autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade, indicadas no Código Penal, art. 44.

Suspensão de direito é a supressão temporária dele, como no caso do motorista que atropela e mata um pedestre, sendo que dirigia embriagado. A pena, além das referentes ao crime, poderá alcançar a retirada temporária ou definitiva da carteira de habilitação e, com ela, do direito de dirigir.

A individualização da pena de que fala o inciso é a sua fixação de acordo com as características pessoais do condenado, sua personalidade, a conduta social, sua condição escolar e financeira. dentre outras.

**XLVII** - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do **art. 84, XIX**;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

#### **Comentário:**

Estão aqui todas as penas consideradas inconstitucionais. A relação é terminativa, final, e nenhuma outra pena poderá assim ser considerada.

A pena de morte é, como se sabe, punir o criminoso condenado, tirando-lhe a vida. A discussão sobre a justiça que se faz a partir desse tipo de punição é profunda, controversa e de correntes inconciliáveis. A nosso estudo basta, contudo, saber que a pena de morte é constitucional nos casos em que o Brasil esteja oficialmente em guerra com outro país, por ter sido agredido e tendo respondido a essa agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou por ele referendado (art. 5º, XLVII combinado com o art. 84, XIX). São crimes puníveis com essa pena drástica a deserção, a espionagem e a traição. Somente nesses casos de guerra é que se admite a pena de morte. A tradição brasileira informa que, antes da execução da pena de morte, seja ouvido o Presidente da República, que poderá utilizar-se da *clementia principis* para impedir a morte do condenado e transformar essa pena em outra, como a prisão perpétua.

Pena de caráter perpétuo não é a mesma coisa que pena de prisão perpétua. O caráter perpétuo de uma pena aparece quando o cumprimento de qualquer uma se alonga por toda a vida do condenado. A condenação de um servidor público por corrupção a nunca mais poder ocupar cargo público é inconstitucional por ter caráter perpétuo. Importante se ver que o sistema penal brasileiro possibilita penas centenárias em algumas ocasiões, podendo o condenado (como no caso da Candelária) pegar 100, 150, 200 anos de prisão. Essa é, contudo, a pena imposta. O Código Penal deixa claro que nenhuma pena, tenha a duração que tiver, poderá ser executada por mais de 30 anos, justamente para afastar um caráter de perpetuidade.

A pena de trabalhos forçados pode ser entendida de duas formas diferentes. Na primeira, seria a proibição de ser o preso obrigado a trabalhar, muito embora se reconheça os efeitos positivos de sua ocupação durante o cumprimento da pena, a chamada laborterapia. Na segunda, seria a proibição de sujeição do preso a um trabalho para cuja execução se exija excepcional esforço físico ou mental, como fazer cadeiras durante 12 horas por dia, ou quebrar pedras durante o mesmo tempo. A melhor interpretação é a segunda. O trabalho do preso, nesses casos, deverá ser sempre remunerado, hoje à razão de 1/3 do salário mínimo, nos termos da Lei de Execução Penal (art. 29), e o valor pago será usado para reparar o dano causado à vítima, se ainda pendente, a assistir à família e a ressarcir o Estado pelas despesas com a manutenção do preso, além de custear pequenas despesas pessoais do mesmo.

Banimento é a expulsão de brasileiro do Brasil, ou seja, condenar um brasileiro a viver fora do nosso País por um prazo (porque se fosse para sempre seria, também, uma pena de caráter perpétuo). É bom ressaltar que a expulsão de estrangeiro é legal e constitucional. Não o é apenas a expulsão de brasileiro, que toma o nome de banimento. O Código Criminal do Império definia o banimento como pena que privava para sempre os réus dos direitos de cidadão brasileiro e os impedia perpetuamente de habitar o território do Império. Tornava-os párias, apátridas. As versões mais modernas do instituto, pelos AI-13 e AI-14, de 1968, limitaram esses efeitos ao tempo de duração da pena.

Penas cruéis dependem ainda de definição, muito embora a crueldade já exista no Código Penal, como agravante, e na Lei de Contravenções Penais, como delito autônomo. A lei deverá dizer quais são tais penas, e se serão considerados também sofrimentos mentais, além de físicos. Cernicchiaro entende que essa futura legislação deverá tratar a pena de forma a que, na sua execução, não ofenda a dignidade do homem, submetendo o condenado a tratamento degradante, física ou moralmente, que não os normais na execução das penas constitucionais e legais.

**XLVIII** - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

**Comentário:**

É uma espécie de desdobramento do princípio da individualização da pena, pelo qual o preso deverá ter regime carcerário diferente em razão do seu sexo e idade e, também, do tipo de crime cometido, para impedir, por exemplo, a convivência de presos e presas, de jovens com criminosos experimentados e de autores de pequenos furtos com grandes traficantes e homicidas.

**XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

**Comentário:**

Tem-se no Código Penal que o preso conserva todos os seus direitos não atingidos pela perda da liberdade. Assim, o fato de estar preso não autoriza um tratamento violento, depravado ou subumano, nem ordens que o submetam a atitudes ou situações constrangedoras. É de se notar que a Constituição fala em "presos" e, portanto, não refere-se apenas aos definitivamente presos por sentença final, mas também aos presos temporariamente, pelas chamadas prisões processuais.

**L** - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

**Comentário:**

Pretende-se aqui não infligir dano aos filhos de presidiárias pelo fato de essas estarem com sua liberdade cerceada. É um dispositivo de conteúdo humano e, também, pode ser confortavelmente situado sob o princípio da individualização da pena.

**LI** - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

**Comentário:**

Extradição é a transferência de uma pessoa de um país para outro, a pedido deste, para que nele seja processada e punida por algum crime. É um ato de soberania do Estado, que a defere se quiser, e depende da existência de tratados de extradição ou compromissos de reciprocidade. Hildebrando Accioly a define como o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo.

O brasileiro nato não pode ser, em nenhuma hipótese, extraditado pelo Brasil para nenhum outro país. Se fizer alguma coisa no estrangeiro, e essa conduta for punida no Brasil, esse brasileiro será processado e punido no Brasil como se aqui tivesse cometido o crime, de acordo com as leis brasileiras. Isso se conseguir cometer esse crime em outro país e fugir antes de ser preso, pois, do contrário, será processado e julgado pelo país onde estiver, de acordo com a lei local, seja qual for a pena, tendo aplicação o princípio da territorialidade.

O brasileiro naturalizado, isto é, aquele que era estrangeiro e tornou-se brasileiro a pedido, somente pode ser extraditado em duas situações. Na primeira, pela prática de crime comum (pelas leis brasileiras) antes da naturalização, ou seja, quando ainda era estrangeiro. Na segunda, poderá ser extraditado a qualquer tempo, quer antes, quer depois da naturalização, se for comprovado o seu envolvimento com tráfico ilícito de drogas, atuando em qualquer fase do processo, desde a plantação ou cultivo da erva ou folha até o transporte, refino, venda ou lavagem de dinheiro. Note que neste caso a extradição somente será dada depois de ter essa pessoa cumprido a pena imposta no Brasil.

Por fim, veja-se que não se confundem a extradição, a expulsão, o banimento e a deportação. A expulsão é ato soberano de um Estado (país), que retira do seu território determinada pessoa que haja, nele, cometido fato tido como criminoso pelas leis locais, ou, ainda, que nele esteja irregularmente. O banimento é a expulsão de natural do Estado que expulsa. A deportação é a devolução do estrangeiro ao exterior, e ocorre geralmente na área de fronteira, portos e aeroportos. Seu fundamento é o ingresso, ou tentativa de ingresso, irregular no território nacional.

**LII** - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

**Comentário:**

O estrangeiro é, de regra, extraditável, sempre dependendo de decisão soberana do Supremo Tribunal Federal. Não é possível a extradição, contudo, se o fato pelo qual o país que pretende a extradição e punição do estrangeiro seja, para a lei brasileira, crime político ou de opinião, caso em que esse estrangeiro será protegido pelo asilo político previsto no art. 4º, X, e uma eventual concessão de extradição seria inconstitucional. Como não há definição constitucional ou legal do que seja crime político, incumbe ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso, julgar o caráter político do fato criminoso, segundo lição de Alexandre de Moraes.

**LIII** - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

**Comentário:**

Eis aqui o princípio do juiz natural e, para alguns, também, o princípio do promotor natural. Segundo ele, as autoridades judiciárias que funcionem num processo precisam ser aquelas com competência para isso, tanto em razão do fato como da pessoa ou do local do ilícito. O desrespeito a esse princípio conduz à nulidade do processo.

A partir das lições dos direitos alemão e português, Nelson Nery Junior ensina que o Princípio do Juiz Natural se traduz no seguinte conteúdo:

- a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais;
- b) garantia de justiça material, ou seja, independência e imparcialidade dos juízes;
- c) fixação de competência, ou seja, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes;
- d) observância das determinações de procedimentos referentes à divisão funcional interna.

Quanto ao princípio do promotor natural, diz Hugo Nigro Mazzili que este é o mesmo princípio do juiz natural, mas sob ótica diversa, isto porque o primeiro direito do acusado não é apenas o de ser

julgado por um órgão independente do Estado, mas, até mesmo antes disso, o de receber a acusação de um órgão independente, escolhido previamente segundo critérios e atribuições legais, abolidos o procedimento de ofício, a acusação privada e, principalmente, o acusador público de encomenda, escolhido pelo procurador-geral de justiça. Para Nelson Nery Junior, este princípio exige a presença de quatro requisitos:

- a) a investidura no cargo de promotor de justiça;
- b) a existência de órgão de execução;
- c) a lotação por titularidade e inamovibilidade do promotor de justiça no órgão de execução;
- d) a definição em lei das atribuições do órgão.

**LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

**Comentário:**

Este inciso encerra o Princípio do Devido Processo Legal (ou *Due Process of Law*, como também aparece). Princípio de profundo significado técnico, não é esta obra o local adequado para discuti-lo em profundidade. Basta que se diga que ele impõe que as características e peculiaridades de cada tipo de processo judicial, referentemente ao objeto do litígio, sejam religiosamente respeitados, sem que os órgãos judiciários usem um processo por outro, ou criem novidades ao longo dele, ou ignorem ou não garantam direitos e prerrogativas das partes. Qualquer dessas violações conduz à inconstitucionalidade do procedimento. Assim, por exemplo, se o rito era ordinário (mais longo), o juiz não pode impor rito sumário (mais curto, mais abreviado). Se a parte tinha direito de produzir prova ou ter vistas ou ouvir testemunhas ou fazer perícia, o juiz não pode impedir que isso aconteça.

Para Nelson Nery Junior, é deste princípio que decorrem todos os demais, afirmando a doutrina que são manifestações do *Due Process of Law* o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. Este princípio tem suas raízes na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215 (art. 39), prosseguiu aparecendo, nos termos hoje consagrados, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, de 1354, e foi também repetida em diversas constituições estaduais norte-americanas, antes de incorporar-se ao texto da Constituição Americana de 1787. A primeira menção expressa ao trinômio consagrado, segundo Nelson Nery Junior, foi feita na Declaração dos Direitos de Maryland, em 3/11/1776.

Para Luiz Alberto David Araújo, esse princípio assegura:

- a) direito à prévia citação;
- b) direito a juiz imparcial;
- c) direito ao arrolamento de testemunhas;
- d) direito ao contraditório;
- e) direito à defesa técnica;
- f) direito à igualdade entre acusação e defesa;
- g) direito ao não-uso de provas ilícitas;
- h) privilégio contra auto-incriminação.

**LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

**Comentário:**

Aqui é encontrado o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Contraditório é o poder que tem cada parte no processo de resistir ao que pretende a outra parte, ou seja, de resistir à pretensão do outro, de discordar e de trazer as suas razões aos autos. Ou, na definição de Nelson Nery Junior, é, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Ampla defesa é a garantia constitucional que a parte tem de usar de todos os meios legais de fazer prova para tentar provar a sua inocência ou para defender as suas alegações e o seu direito.

Não ofende nem o contraditório nem a ampla defesa o indeferimento, pelo juiz, de diligência tida por desnecessária, impertinente ou protelatória.

É importante notar que qualquer litigante (partes numa lide, num processo) tem esses direitos, tanto em processo judicial quanto administrativo, o que significa dizer que a sindicância e o processo administrativo terão que respeitar esses princípios. É importante notar que o contraditório assume diferentes feições nos processos penal, civil e administrativo.

**LVI** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

**Comentário:**

Uma prova produzida de maneira ilícita é uma prova inexistente para o Direito, e tudo e qualquer coisa que ela provar, por melhor que seja a prova ou o seu resultado, será desconsiderado e tido como não existente no processo. Também são considerados inexistentes todos os atos que se originaram nessa prova ilegal. Assim, se um delegado de polícia faz uma gravação telefônica ("grampo") ilegal na casa de alguém e consegue obter a confissão de envolvimento em tráfico de drogas, a prisão desse traficante e o confisco da própria droga serão ilegais e tidos como nulos.

A prova tem importância fundamental no processo, pois constitui, na lição de Luiz Francisco Torquato Avolio, elemento integrador do convencimento do juiz. Mais do que isso, o direito à prova constitui desdobramento do princípio do contraditório, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Segundo o mesmo autor, reputam-se ilícitas as provas obtidas com infração a normas ou princípios de direito material e, embora essas violações ocorram nesse plano, a ilicitude repercute no plano processual, tornando a prova inutilizável.

Não só a prova ilícita resulta nula e inexistente no processo, mas também as chamadas provas ilícitas por derivação, conceito obtido da doutrina americana do *fruits of the poisonous tree*. Por essa orientação, as provas colhidas por meios lícitos, mas a partir de elementos colhidos de forma ilícita, são contaminadas pela ilicitude e tem o mesmo destino.

**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

**Comentário:**

Trata-se aqui do princípio da presunção da inocência, também chamado de Princípio da Não-Culpabilidade, e não existia nas Constituições anteriores do País. Por ele, é inconstitucional qualquer ação no sentido de se apontar qualquer pessoa como culpada de qualquer coisa até que o competente processo legal esteja concluído sem mais possibilidade de recursos. Assim, durante uma investigação ou durante o próprio processo, enquanto ele ainda estiver tramitando, o réu é apenas acusado, não culpado. Em matéria penal, entende-se que não é admissível a inversão do ônus da prova ou de qualquer outra providência que force a uma situação de presunção de culpa.

Trânsito em julgado é expressão jurídica que indica uma decisão judicial irreformável, não mais passível de recurso, consolidada.

A doutrina reconhece sob o nome de "status de condenado" a situação do réu declarado culpado por sentença final.

**LVIII** - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

**Comentário:**

Identificação civil é aquela feita a partir de qualquer documento civil apto para provar que a pessoa é quem diz ser, como a carteira de identidade, a carteira de trabalho, o passaporte.

Identificação criminal é a dactiloscópica, ou seja, o decalque das impressões digitais em papel. Para alguns, também a fotografia policial seria identificação criminal.

O que o inciso afirma é que, como regra, qualquer pessoa que já tenha provado a sua identidade com um documento civil não poderá ser obrigada a "tocar piano", ou seja, a decalcar os dedos. As exceções, isso é, os casos em que poderá ser exigida a dupla identificação, civil e criminal, serão criadas por lei, que ainda não existe.

A autoridade policial somente poderá exigir a identificação criminal se a pessoa não puder ou não quiser apresentar documento civil de identidade, ou, apresentando, seja este tido por falso ou presumivelmente falso.

**LIX** - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

**Comentário:**

A ação penal pública, tanto condicionada como incondicionada, é exclusiva do Ministério Público, o que significa que apenas um promotor de justiça ou um procurador da República poderá propô-la, sendo absolutamente proibido ao ofendido (vítima) que ajuíze tal ação.

Para o ofendido ou seu representante legal existe a ação penal privada, exclusiva dele.

A regra no Código Penal é de que os crimes sejam de ação penal pública incondicionada. Somente se admite outro tipo quando isto estiver expresso no Código ou na lei.

Pode ocorrer, contudo, que num crime de ação penal pública o Ministério Público não faça absolutamente nada, não comece a ação, não peça provas novas, não peça arquivamento. Neste caso, um criminoso poderia não vir a ser punido, já que a única ação que poderia levar a punição até ele não foi começada pela única autoridade que podia fazê-lo. Para essas situações, diz o inciso que o ofendido ou seu representante legal (pai, mãe, tutor ou curador) poderão oferecer uma ação privada, chamada subsidiária, na qual um crime que exigia ação pública será processado por ação privada oferecida pelo particular, garantindo, assim, que o crime não fique impune.

**LX** - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

**Comentário:**

Este inciso se completa com o inciso IX do art. 93 desta Constituição. Por eles, atos processuais, audiências e julgamentos serão sempre, como regra, públicos, podendo qualquer pessoa presenciá-los, desde que guarde silêncio e porte-se de maneira respeitosa. Guarda-se, aqui, o Princípio da Publicidade. Com ele, ficam proibidas as sessões secretas (que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal previa).

Como exceção, contudo, atos processuais, audiências e julgamentos poderão ser secretos, sigilosos, no que é chamado de segredo de justiça. Isso ocorre quando a intimidade das partes ou o interesse social exigirem que apenas as partes e seus advogados, ou somente estes, presenciem tais ocorrências judiciais.

Geralmente, isso ocorre nas ações de estado, como divórcio, separação judicial, alimentos e investigação de paternidade, quando, pela natureza da matéria discutida, não é interesse da justiça e das partes que haja público para ouvir ou ler os debates.

**LXI** - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

**Comentário:**

Com este inciso começa a disciplina constitucional da prisão. De início, veja-se que estão previstas exceções à regra. Realmente, na esfera militar, as prisões obedecem ao que consta no Código Penal Militar, e não estão sujeitas às regras gerais estabelecidas para o caso no campo das relações civis. Assim, um soldado que se recuse a obedecer a uma ordem de um superior ou o desrespeite pode ser preso (transgressão militar), e um militar que use arma de serviço para atirar em latas, aves ou para intimidar um transeunte pacífico ou para matar um desafeto também poderá sê-lo (crime militar próprio), sem que esteja em flagrante e sem ordem judicial.

A regra geral, contudo, impõe que a prisão somente poderá ocorrer sob dois argumentos. Ou a pessoa está em flagrante delito (cometendo o crime, acabando de cometê-lo, sendo perseguida logo após o crime ou sendo encontrada logo depois com objetos ou instrumentos dos quais se presume a autoria do crime), ou, obrigatoriamente, a prisão terá que ser executada em cumprimento de ordem judicial escrita e fundamentada. Note que a Constituição quer ordem judicial, não podendo mais ser uma ordem de autoridade policial (como está na Lei de Contravenções Penais) ou autoridade executiva (como no caso da prisão para extradição por ordem do Ministro da Justiça).

Não sendo militar, não estando em flagrante ou não tendo a fundamentá-la uma ordem de autoridade judicial escrita e fundamentada, a prisão estará inconstitucional e ilegal.

**LXII** - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

**Comentário:**

São obrigatórias duas comunicações a partir da prisão. Uma, ao juiz competente, o qual vai justamente avaliar a legalidade da prisão, considerando o que consta no inciso anterior. Outra, ou à pessoa que o preso indicar, e que poderá ser o seu advogado, ou a alguém da família, se for possível identificá-la.

O que se comunicará é o fato da prisão e o local onde está detido o preso, para que essas pessoas possam verificar o estado físico e psíquico do encarcerado, e ajudá-lo.

**LXIII** - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

**Comentário:**

São vários os direitos do preso, dentre eles o de ser assistido pela família e por advogado, de ter preservada a sua integridade física e, explícito no inciso, o de ficar calado.

O melhor entendimento desse direito de ficar calado é aquele que aponta o descabimento de ser o preso obrigado a falar e assim fornecer elementos que serão usados para prejudicá-lo e à sua defesa no processo. Qualquer preso, em qualquer situação, pode reservar-se o direito de somente falar em juízo, negando-se a responder a todas as perguntas da autoridade policial.

A antiga presunção de que "quem cala, consente" não tem mais a menor valia, pois do silêncio do acusado nenhuma conclusão sobre sua culpa pode ser tirada, até por força do Princípio da Presunção da Inocência, já visto. Hoje, quem cala, não diz nada.

**LXIV** - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

**Comentário:**

O dispositivo tem finalidade nitidamente preventiva. Sabendo que o preso tem direito constitucional de identificá-lo, o policial que realizar a prisão ou o interrogatório do preso saberá usar apenas a força necessária para um e outro ato, não podendo cometer excessos, pelos quais poderá vir a ser processado por abuso de autoridade. As autoridades policiais ficam obrigadas a oferecer ao preso todas as alternativas necessárias à identificação do policial ou da equipe que o prendeu ou interrogou.

**LXV** - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

**Comentário:**

Prisão ilegal é aquela que não obedece aos parâmetros legais, como, por exemplo, a da pessoa que não estiver em flagrante, presa sem ordem judicial escrita e fundamentada. Tal prisão, por mais que se tenha certeza de que o preso é o culpado, deverá ser relaxada (liberação do preso) por ordem de autoridade judiciária.

**LXVI** - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

**Comentário:**

Há crimes inafiançáveis, dois dos quais já vimos nos incisos anteriores. Há crimes afiançáveis, pelos quais se possibilita ao preso pagar uma quantia arbitrada por autoridade policial ou judicial (dependendo do crime) e, a partir desse pagamento, obter liberdade provisória. E há crimes levíssimos, cujos autores, mesmo presos em flagrante, deverão ser libertados provisoriamente sem precisar pagar qualquer quantia como fiança. No vocabulário jurídico, são ditos crimes de cuja prisão o preso livra-se solto.

A partir dessas noções se compreende o alcance do inciso em estudo. Nos crimes em que o preso livra-se solto e naqueles em que caiba a fiança, a regra é que o preso tem direito à liberdade provisória, o que leva à conclusão de que só ficará preso o autor de crime inafiançável, embora isso também ocorra com aquele que não quer ou não pode pagar fiança.

A liberdade obtida é provisória; primeiro, porque a prisão preventiva ou cautelar do acusado poderá ser pedida a qualquer momento, se assim entender a autoridade policial ou judiciária. E, segundo, porque ele poderá ser preso novamente se condenado ao final do processo a pena restritiva ou privativa de liberdade.



**LXVII** - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

**Comentário:**

A prisão civil difere da prisão criminal. A prisão criminal tem natureza punitiva, ou seja, a pessoa está presa como punição por ter cometido um crime. Já na prisão civil, a natureza é coercitiva, ou, em outras palavras, a pessoa é presa para ser pressionada a fazer alguma coisa, a cumprir uma obrigação que deveria ter cumprido e não o fez.

A regra está no início do inciso: não haverá prisão civil por dívida. Traduz-se que ninguém pode ser preso por ser devedor de outrem (o que não é a mesma coisa de pagar com cheque sem fundo, pois isso é crime de estelionato e sujeito, portanto, a prisão criminal).

Há duas exceções à regra. Na primeira, poderá ser presa a pessoa que for devedora de pensão alimentícia e, podendo pagar, decide parar de fazê-lo. Quem recebia a pensão pode pedir a prisão civil do devedor, que ficará preso até que pague ou volte a pagar essa dívida alimentar. A segunda exceção é a prisão do depositário infiel, que é quem recebe um bem para guardar em depósito, de particular ou da Justiça, e, na hora de devolver esse bem, não mais o tem, sem uma justificativa aceitável para tanto.

**LXVIII** - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

**Comentário:**

De origem inglesa (1215, sob o Rei João Sem Terra, sucessor de Ricardo Coração de Leão), o *habeas corpus* é uma ação que tem por objeto tutelar a liberdade física de locomoção do indivíduo, expressa pela sua liberdade de ir, vir e ficar, compreendida nesta também a liberdade de fixar residência. É, atualmente, a única ação que pode ser impetrada por qualquer pessoa, independentemente de advogado. Pode ser usada por qualquer pessoa, em benefício próprio ou de outrem, e até o Ministério Público pode dela fazer uso em favor de quem quer que esteja preso ou ameaçado de prisão ilegal ou abusiva. Por "qualquer pessoa" entenda-se inclusive estrangeiros, com ou sem capacidade jurídica (maioridade civil, 21 anos).

O *habeas corpus* pode ser usado contra ato de qualquer pessoa, tanto autoridade pública quanto pessoa privada. Finalmente, é necessário que a violência ou coação contra a liberdade de locomoção tenha por fundamento um ato abusivo ou ilegal. Uma prisão legal, apesar de quebrar a liberdade de locomoção do preso, não pode ser desfeita por *habeas corpus*.

Note que essa ação pode ser repressiva ou liberatória (quando alguém estiver sofrendo violência ou coação contra o seu direito de locomoção) ou preventiva (quando alguém ainda não sofreu, mas está ameaçado de sofrer tais ilegalidades).

As Constituições anteriores, no Brasil, excluíam a utilização do *habeas corpus* nas punições e transgressões disciplinares. A redação atual não menciona a ressalva neste inciso, mas o faz em outra passagem (art. 142, § 2º), em relação às Forças Armadas, para afirmar que não cabe o *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Para Paulo Lúcio Nogueira, essa ressalva não prevalece quando a ilegalidade da punição for flagrante.

O *habeas corpus* tem dupla natureza jurídica. De recurso, quando interposto contra uma decisão, ou de ação tutelar, quando impetrado contra possível ameaça de constrangimento ilegal. Há fundada divergência doutrinária quanto a essa natureza jurídica. Paulo Lúcio Nogueira a reconhece com a natureza híbrida, de ação e de recurso judicial.

A legitimação ativa é ampla, podendo ser impetrado por "qualquer pessoa" (art. 654 do CPP), independentemente de idade, profissão, condição social ou nacionalidade. Na prática, surgem problemas, como reconhece Celso Delmanto, quando o *habeas corpus* é pedido por delegado de polícia, por promotor ou por juiz.

A liminar em *habeas corpus* não só é cabível como absolutamente necessária.

A partir da forte obra de Alexandre de Moraes, podemos elencar apontamentos fundamentais para a compreensão do *habeas corpus*:

- **finalidade:** é proteção ao direito de locomoção, não podendo ser usado para qualquer outra ilegalidade.
- **fundamentos do pedido:** o juiz ou tribunal competente para o julgamento não está vinculado à causa do pedido, podendo deferir a ordem por motivo diverso do alegado.

- **natureza jurídica:** é ação constitucional de caráter penal e procedimento especial.
- **legitimação ativa:** qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, independente de estado mental, sexo, idade, profissão ou capacidade civil, em benefício próprio ou de terceiro. Pessoa jurídica pode ajuizar em benefício de pessoa física. Promotor de Justiça pode utilizar essa ação, mas juiz não, já que deverá, no caso, conceder a ordem de ofício.
- **legitimação passiva:** o coator ou quem ameaça o ato de coação contra a liberdade de locomoção, podendo ser autoridade pública ou particular.
- **tipos:** pode ser preventivo (salvo conduto) ou repressivo (*habeas corpus* liberatório).
- **liminar:** é admitida a concessão de liminar.
- **objeto:** cabe contra atos lesivos ao direito de locomoção, contra atos de tribunais (exceto do Supremo Tribunal Federal), contra atos ilegais de promotor de justiça e contra atos de juízes e órgãos colegiados.

**LXIX** - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

#### **Comentário:**

O mandado de segurança é uma ação que visa a proteger todos os direitos líquidos e certos do impetrante, desde que não sejam o direito líquido e certo de locomoção (amparado por *habeas corpus*) e os direitos líquidos e certos de obter informação a seu respeito e de retificá-la (amparados por *habeas data*). Todos os demais direitos líquidos e certos são protegidos pelo mandado de segurança. Na definição de José Cretella Junior, o mandado de segurança é ação de rito sumaríssimo, de que pode utilizar-se pessoa física, pessoa jurídica privada ou pública ou qualquer entidade que tenha capacidade processual, para a proteção de direito líquido, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato ou fato oriundo de autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Pode usar essa ação qualquer pessoa que comprove titularidade de direito líquido e certo. Para esses fins, direito líquido e certo é todo aquele cuja titularidade possa ser inequivocamente demonstrada por quem o pretende (cerin) e que esteja delimitado em sua extensão, ou seja, que se tenha exatamente dimensionado o alcance do direito pretendido (líquido).

Réu nessa ação deverá ser a autoridade pública competente para desfazer o ato que esteja violando o direito líquido e certo de alguém. Também pode ser réu nessa ação, qualquer pessoa física, em nome próprio ou de pessoa jurídica, desde que, no ato atacado, tenha agido como preposto ou intermediário de órgão público.

Frise-se que se o direito tiver duvidosa a sua existência, se não estiver dimensionado em seu alcance, se depender, para seu exercício, da ocorrência de fato futuro incerto, esse direito não será nem líquido nem certo.

Na legitimação ativa estão, como se viu, inclusive menores e estrangeiros, e até terceiros prejudicados em relação ao ato da administração.

A medida liminar é cabível e desejável, para assegurar a eficácia do instrumento judicial. A sentença que concede mandado de segurança faz, sempre, coisa julgada, segundo, entre outros, Themístocles Brandão Cavalcanti.

O mandado de segurança cabe também contra ato judicial, desde que: a) o ato não seja passível de revisão por recurso específico; ou b) que, embora sendo, não tenha o recurso efeito suspensivo. Tudo isso nos termos do art. 5º da Lei nº 1.533/51. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese, porque esta não fere direito individual. O STF, contudo, já entendeu que, se a lei tiver efeitos concretos, o mandado de segurança é cabível. Segundo o Ministro Carlos Velloso, também do STF, o mandado de segurança cabe contra ato disciplinar, não valendo a ressalva do art. 5º, III, da Lei citada.

**LXX** - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

### **Comentário:**

O mandado de segurança coletivo tem os mesmos pressupostos do mandado de segurança visto acima. A condição a diferenciá-los é que, enquanto no anterior o impetrante (autor) da ação de mandado de segurança é, também e ao mesmo tempo, o dono do direito reclamado, no mandado de segurança coletivo o impetrante não é o dono do direito líquido e certo. Detentor de tal direito pode ser qualquer grupo de pessoas, todas comprovadamente nessa condição de detentoras do direito. Impetrante, por outro lado, somente poderão ser as entidades citadas no inciso, a saber:

- partido político, desde que representado no Congresso Nacional (e para isso basta que tenha ou um deputado federal ou um senador);
- organização sindical (que pode ser confederação, federação ou sindicato) ou entidade de classe (que represente classe econômica);
- associação, de qualquer tipo (desde que tenha fins legais e não tenha caráter paramilitar, como já visto), que esteja funcionando regularmente há pelo menos um ano e esteja legalmente constituída.

Note-se, finalmente, que o partido político pode usar a ação de mandado de segurança coletivo somente em benefício de seus filiados, com finalidade política e desde que haja autorização estatutária, segundo jurisprudência do STJ, como lembra o prof. Zélio Maia. As organizações sindicais, entidades de classe e associação só poderão usar essa ação na defesa de interesse de seus membros ou associados.

Os interesses que podem ser defendidos por esse instrumento são os coletivos ou individuais homogêneos. As condições de admissibilidade da ação são o direito líquido e certo e o ato ilegal ou com abuso de poder. Direito líquido e certo, para Arnoldo Wald, é o que se apresenta devidamente individualizado e caracterizado, para que não haja dúvida alguma quanto aos exatos limites do que se pede. Pontes de Miranda ensinou que direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com exame de provas em dilações.

Uma última questão versa sobre o termo "interesses", que serão defendidos pela ação para Uadi Lamêgo Bulos, calcado em vasta doutrina, tanto os "interesses" deste inciso quanto os "direitos" do anterior levam ao mesmo lugar. Segundo aquele mestre, a redação do modo como foi adotada evita excessos. A utilização do termo "interesses" foi para reduzir a atuação dos substitutos processuais na defesa daqueles direitos para cuja tutela manifestaram interesse de filiar-se à associação ou entidade. Para Calmon de Passos, a legitimação diz respeito não à defesa dos direitos de seus membros ou associados, *tout court*, mas sim, aos direitos de seus membros ou associados cujo substrato material seja um interesse de membro ou interesse de associado.

**LXXI** - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

### **Comentário:**

O mandado de injunção é, talvez, a ação mandamental que menos utilidade tem tido para os seus autores, isso porque as repetidas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre essa matéria têm tirado muito da força que o constituinte de 1988 pretendeu dar a ele. O debate em torno da posição jurisprudencial do mandado de injunção não encontra local correto nesta obra, pelo que o faremos no futuro, em livro específico.

Fiquemos com os contornos que o constituinte atribui a essa ação. Presta-se ela, ideologicamente, a suprir a falta de norma regulamentadora de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, sem a qual tais direitos não podem ser exercidos. Em outras palavras: a Constituição Federal, em várias passagens (por exemplo, art. 37, VII; art. 7º, XXI), estabeleceu direitos cujo exercício foi condicionado à elaboração de uma lei posterior que viesse a dizer em que termos isso iria ocorrer. Sem essa lei o direito garantido pela Constituição fica letra morta, fica regra sem efeito nenhum. Para impedir isso, o constituinte criou o mandado de injunção, ação pela qual o interessado no exercício do direito que depende de norma para ser desfrutado vai ao Judiciário buscar o regramento, para o seu caso concreto, e, assim, ganhar, finalmente, as condições de exercitar o direito constitucional que tem.

O mandado de injunção pressupõe uma norma constitucional de eficácia limitada. Por outra via, para que caiba essa ação, é preciso:

- a) que haja direito, garantia ou prerrogativa assegurados na Constituição (e não na lei);
- b) que esse direito, garantia ou prerrogativa exija regulamentação;
- c) que essa regulamentação ainda não haja sido feita; e

d) que, sem essa regulamentação, não seja possível exercitar a garantia constitucional.

Muito já se discutiu sobre o conteúdo da decisão judicial em mandado de injunção, principalmente em face do obstáculo principal, qual seja a absoluta impossibilidade de o Judiciário determinar ao Executivo ou ao Legislativo que elabore a norma faltante, diante do princípio da independência dos Poderes. Houve três correntes. A primeira proclamava que ao Judiciário incumbia formular a norma faltante. A segunda, que o Judiciário deveria julgar a lide nos termos em que proposta, e resolvê-la, regulamentando exclusivamente para as partes o direito pendente. A terceira, que ao Judiciário incumbia apenas reconhecer a omissão legislativa, que, se reiterada, levaria à declaração da inconstitucionalidade por omissão. A segunda linha era e é a preferida por toda a melhor doutrina. A terceira, contudo, foi a escolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que a proclamou em reiterados julgados, sob o argumento de que não incumbe ao Judiciário o exercício anômalo de função típica de outro Poder. Mesmo sob as críticas da doutrina, essa orientação foi mantida, com exceções tópicas em casos bem específicos.

A legitimação ativa é de qualquer pessoa com interesse no direito, na garantia ou na prerrogativa constitucionalmente assegurada. O STF, a propósito, já reconheceu a viabilidade de mandado de injunção coletivo. No pólo passivo figura o órgão a quem incumbe, constitucionalmente, a elaboração da norma faltante. Conforme a qualidade da norma, a competência será fixada, a partir do que dizem os arts. 102, I, g, e 105, I, h.

#### **LXXII - conceder-se-á *habeas data*:**

- a)** para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b)** para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

#### **Comentário:**

O *habeas data* nasceu sob severas críticas da doutrina. Celso Bastos afirmou que "*este habeas data* é um grande engodo, fruto de uma esquizofrenia, de esquizofrenia constituinte". Cretella Junior o chamou de "remédio inócuo".

O *habeas data* é ação adequada para que o impetrante tenha acesso a informações a seu respeito, constantes de bancos de dados oficiais ou públicos e, se quiser, através da mesma ação, fazer a retificação dos dados encontrados de modo a ajustá-los à realidade e à verdade. Tem, assim, dupla função: conhecimento e retificação.

Bancos de dados oficiais são aqueles mantidos por órgãos governamentais, de qualquer esfera administrativa, cuja atuação tenha por finalidade, se não exclusiva pelo menos relevante, o estoque de dados pessoais. É exemplo o ex-SNI e a Agência Brasileira de Inteligência, em estruturação.

Bancos de dados públicos são aqueles organizados e mantidos por entidades privadas, para qualquer fim. São exemplos o Serviço de Proteção ao Crédito e o Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos.

Importante notar duas coisas: primeiro, que o impetrante (autor) da ação de *habeas data* somente poderá usá-la para obter informações a seu respeito. Segundo, que a retificação pode ser feita de três maneiras: *habeas data*, processo administrativo sigiloso e processo judicial sigiloso.

A legitimação ativa é de qualquer pessoa, física ou jurídica, em seu próprio favor, para conhecer informações a seu respeito.

A legitimação passiva é de todo órgão ou entidade governamental, incluindo-se a administração descentralizada e os próprios entes privados, estes desde que as dimensões de sua atuação ganhem uma ressonância pública.

Grande discussão existe sobre a necessidade de requerimento administrativo antes do uso da ação de *habeas data*. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, ter entendido que tal requerimento é necessário, porque sua falta revelaria ausência de interesse de agir do impetrante, entendemos, como muitos outros, que o *habeas data* pode ser usado sem esse requerimento, principalmente em face do princípio do amplo acesso ao Judiciário, ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), e, também, porque a informação prestada administrativamente pode não ser tão séria ou completa quanto aquela prestada sob a ameaça do Judiciário, por ordem deste. O processamento do HD obedece à Lei nº 8.038/90, usando, portanto, as normas do processo do mandado de segurança até que haja legislação específica.

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

**Comentário:**

A nossa Constituição prevê a ação popular civil, mas não a ação popular penal. Seu fundamento está na natureza substancial do regime democrático, como salienta Sahid Maluf. Se todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido, o exercício do poder deve estar sob a vigilância constante do povo. Onde houver ato funcional lesivo ao patrimônio público, há o direito e o dever cívico do cidadão de defendê-lo.

Segundo Pinto Ferreira, no direito brasileiro, a ação popular tem uma natureza civil, com um caráter corretivo, que pode também ter caráter preventivo, visando à nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público ou ao interesse público, mediante a responsabilidade do autor do ato e de seus beneficiários, mediante o pagamento de perdas e danos decorrentes da irregularidade cometida.

O objetivo da ação popular não é outro senão o de anular um ato lesivo a bem constitucionalmente protegido, sendo estes apenas o patrimônio histórico e cultural, o patrimônio público, o meio ambiente e a moralidade pública, esta última um conceito muito amplo que dá extraordinário alcance à ação popular.

Pode propor essa ação somente o “cidadão”, o que implica dizer que não é qualquer brasileiro que pode fazê-lo, mas apenas aquele ou aqueles detentores de direitos políticos, de capacidade eleitoral ativa, ou, ainda, de poder de voto.

Patrimônio público, vê-se, abrange o econômico, o histórico, o artístico, o cultural, o cívico, o comunitário. Lê-se no inciso que, como regra, o autor da ação popular não será obrigado a pagar nem custas nem ônus da sucumbência. Custas são todos os valores geralmente cobrados no curso de um processo judicial, como custas iniciais para autuação, honorários de peritos, tradutores e outros, porte de remessa e retorno de recurso e assim por diante. Ônus da sucumbência é o dever que a parte perdedora tem de pagar o advogado da parte vencedora. Perceba que isso não será imposto ao autor da ação popular sempre que ele for derrotado, mas apenas quando, derrotado, ficar evidenciado que usou da ação popular de má-fé, para fins não escusáveis, pessoais, vis ou baixos. A decisão da ação popular é constitutiva negativa, na medida em que visa a desconstituir os atos, impugnados em termos de anulação ou nulidade, na lição de Péricles Prade. O interesse de agir advém do prejuízo ao patrimônio público decorrente do ato lesivo.

A legitimação ativa é de qualquer cidadão, ou seja, de brasileiro eleitor, sendo que essa qualidade se comprova com o título de eleitor. Segundo já sumulado pelo STF (Súmula 365), pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. A legitimação passiva é da autoridade ou preposto de autoridade pública responsável pelo ato lesivo. Os pressupostos são a ilegalidade do ato e a sua lesividade. A liminar é admissível. A intervenção do Ministério Público, depois de 1965, foi reconhecida como obrigatória, sob pena de nulidade. O processamento é regulado pela Lei nº 4.717/65.

**LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

**Comentário:**

A assistência jurídica integral e gratuita é prestada por um órgão criado pela própria Constituição, a Defensoria Pública, prevista no art. 134, e cuja finalidade é propor e tocar as ações judiciais de interesse de pessoas que tenham insuficiência de recursos.

Insuficiência de recursos, para os fins deste inciso, não é a situação de miserabilidade, mas, sim, a daquela pessoa que tem renda suficiente para manter-se, mas não pode desviar nenhum dinheiro dessa renda para custear um advogado e manter uma batalha judicial. Obviamente também os miseráveis estão amparados. É para esses a Defensoria Pública.

**LXXV** - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

**Comentário:**

Trata-se aqui da indenização de ato judicial típico, e não de ato administrativo realizado por autoridade judicial. E o ato judicial típico é a sentença, a decisão. Existem somente dois fundamentos possíveis pelos quais se pode pedir indenização ao Estado por ato judicial. O primeiro é no caso de

condenação por erro judiciário (por exemplo, de um irmão gêmeo, ou de um homônimo). O segundo e último é o da prisão para além do tempo fixado na sentença. Ocorrendo qualquer dos dois casos o prejudicado entrará com uma ação cível de reparação de danos morais, materiais e à imagem contra o Poder Público.

**LXXVI** - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

**Comentário:**

Trata-se aqui de dois favores estatais, não a todos os que tenham insuficiência de recursos, mas apenas aos reconhecidamente pobres, aqueles em situação de miserabilidade. A estes o Estado dará, gratuitamente, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito.

Reconhecidamente pobre é aquele que não tem renda suficiente sequer para prover a própria subsistência.

**LXXVII** - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

**Comentário:**

*Habeas corpus* e *habeas data* são, portanto, ações gratuitas, sem ônus de custas judiciais. O que absolutamente não significa dizer que o advogado escolhido pelo autor trabalhará de graça. A proibição de cobrar é fixada, aqui, contra o Poder Judiciário, não contra os profissionais que atuam nessas ações.

Por atos necessários ao exercício da cidadania entenda-se a confecção de título de eleitor, carteira de trabalho e carteira de identidade e o ato de votar.

**LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

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

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

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

**Comentário:**

A emenda constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 estabeleceu a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serem equivalentes às emendas constitucionais. Deste modo, após a citada reforma constitucional, verificamos a possibilidade de os tratados internacionais serem incorporados no ordenamento brasileiro com o status de norma constitucional, desde que cumpridos dois requisitos:

- O conteúdo do tratado internacional seja referente aos direitos humanos
- A sua deliberação parlamentar obedeça aos limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais, quais sejam, deliberação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, só sendo aprovado se obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros parlamentares.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

## **CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS**

**Art. 6º** - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

**Comentário:**

Este artigo enumera os direitos da pessoa, especialmente a pessoa trabalhadora. O acesso a todos eles vai atender de forma plena o art. 1º, no inciso que comanda como um dos fundamentos da República brasileira os valores sociais do trabalho (IV). Traduzindo, o trabalhador e a pessoa, como resultado do seu trabalho, deve obter condições de adquirir e manter todos os direitos sociais aqui expostos.

A Emenda Constitucional nº 26/00 inseriu, dentre os direitos sociais, a moradia. Trata-se, visivelmente, de uma norma constitucional programática, ou seja, estabelecendo um objetivo necessário à ação do Estado, mas que não gera efeitos imediatos e nem dá liquidez ao direito de moradia.

**Art. 7º** - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

**Comentário:**

Trabalhadores, para este artigo da Constituição, têm a mesma definição da CLT, qual seja: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Essa imposição conceitual inspira, também, a redação do inciso XXXIV deste artigo, onde se equipara ao trabalhador com vínculo permanente aquele avulso, embora em nenhum dos dois entre o trabalhador eventual. Tem grande importância perceber que o texto constitucional equipara definitivamente o trabalhador urbano ao trabalhador rural, deixando ambos em pé de igualdade e com os mesmos direitos e em mesma extensão, restando um único ponto em que o tratamento é diferenciado, qual seja o que trata da prescrição (inciso XXIX). Trabalhador rural é aquele que presta trabalho de natureza rural, e sua conceituação vem da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, onde se lê que o empregado rural é "toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário".

Também é importante notar que nem todos os direitos do trabalhador estão expressos neste art. 7º. A Constituição admite expressamente outros, pela locução "além de outros que visem à melhoria de sua condição social", do *caput*.

Pelo sistema adotado pela Constituição, não estão incluídos neste artigo os trabalhadores eventuais (aqueles que prestam trabalho ocasionalmente, a diferentes patrões, por tempo curto), os trabalhadores temporários (que prestam serviços para as empresas de trabalho temporário, as quais alugam tais serviços a outras empresas) e os trabalhadores autônomos (que são aqueles que organizam a sua própria atividade, são seus próprios patrões).

Os trabalhadores avulsos estão equiparados aos permanentes, pelo inciso XXXIV deste artigo. Os trabalhadores domésticos têm alguns, mas não todos os direitos deste artigo, pelos termos do parágrafo único, ao final deste artigo.

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

**Comentário:**

Despedida arbitrária é aquela fruto do humor, da vontade exclusiva do patrão, sem nenhuma razão. Despedida sem justa causa está disciplinada nas leis trabalhistas.

Este inciso defende a relação de emprego contra os dois tipos de demissão, afirmando que lei complementar deverá regulamentar a matéria. Não se trata aqui de estabilidade ao trabalhador, pois que, mesmo após a edição da lei complementar pedida, ainda poderá ser despedido arbitrariamente ou sem justa causa. O que tal lei deverá trazer serão elementos, multas e punições visando a impedir que o empregador adote essas formas de desligamento. A conclusão de que a lei não trará a estabilidade no emprego é obtida a partir da compreensão da "indenização compensatória" de que fala o inciso. Deixa ela claro que a verba terá um caráter compensatório da demissão arbitrária ou sem justa causa, visando a intimidar o patrão. No caso da estabilidade no emprego, a nossa Constituição preferiu afastar-se do modelo alemão, que dela desfruta de forma relativa após o fim do período de experiência. Também foi contornado o art. 4º da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que aponta para uma relativa estabilidade no emprego.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição, em seu art. 10, afirma que, até que essa lei complementar venha a existir, a proteção do trabalhador demitido arbitrariamente ou sem justa causa será limitada à imposição de uma multa no valor de 40% do saldo do FGTS. Isso,

logicamente, em relação apenas ao fato da demissão, porque o trabalhador terá direito a todas as outras verbas legais. Com essa multa o que se quer é apenas punir financeiramente o empregador.

Essa demissibilidade arbitrária ou sem justa causa está excepcionada no caso de empregado membro de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA, da mulher gestante (ADCT, art. 10, II, a e b) e do empregado eleito para cargo sindical (art. 8º, VIII).

É oportuno frisar que a atual Constituição aboliu a estabilidade aos dez anos de trabalho, colocando em seu lugar a indenização compensatória.

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

**Comentário:**

A proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário se completa com o que consta no art. 201, IV e no art. 239.

O seguro-desemprego é um auxílio financeiro cujo montante varia de meio salário mínimo a um salário mínimo e meio, que será pago por prazo máximo de 4 meses a cada 18 meses. Ainda, exige-se que o desemprego seja involuntário, ou seja, que o empregado tenha sido demitido, e não pedido demissão.

O seguro-desemprego, criado pelo Decreto-Lei nº 2.284, de 10/3/86, está mantido naqueles termos, porque recepcionado pela Constituição atual.

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

**Comentário:**

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado para substituir o antigo sistema de estabilidade, para garantir ao empregado a formação de uma espécie de poupança que deverá socorrê-lo quando demitido, no futuro. A vinculação ao FGTS não tem mais caráter de opção, sendo, a partir da Constituição, uma obrigação criada ao trabalhador em seu próprio favor. Se não fosse assim não teria sentido se falar na multa de 40% do saldo da conta do FGTS em caso de demissão arbitrária ou sem justa causa, se o empregado demitido dessa forma pudesse não ter tal conta.

A questão da fusão, ou não, do regime da CLT com o do FGTS foi resolvida pela Lei nº 7.839, de 12/10/89, que aboliu a opção pelo Fundo e colocou, segundo Eduardo Saad, em pé de igualdade todos os trabalhadores, no que tange à relação de emprego. A partir de 1º de outubro de 1989 todos os trabalhadores passaram a ser titulares de uma conta vinculada em estabelecimento bancário, na qual os empregadores são obrigados a depositar, mensalmente, 8% do salário pago. Até essa data, os eventualmente demitidos são indenizáveis nos termos da CLT.

**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;**

**Comentário:**

Salário mínimo é a menor remuneração que se pode pagar pela prestação de trabalho por alguém.

O que se tem de principal neste inciso é, primeiro, a necessidade de a fixação do valor do salário mínimo ser feita por lei, não mais pelas antigas comissões nem pelo Presidente da República sozinho. Agora, a lei que o aumenta deverá passar pelo Congresso Nacional. Segundo, o salário mínimo está nacionalmente unificado, no que difere fundamentalmente da disciplina constitucional anterior, eliminando a possibilidade de fixação de salários mínimos regionais, a não ser que haja uma emenda constitucional, o que, aliás, seria de constitucionalidade duvidosa. Terceiro, a Constituição assegura reajustes periódicos que preservem o poder aquisitivo do salário mínimo. Preservar não é aumentar, mas sim apenas repor o poder de compra perdido pela depreciação causada pela inflação. E quarto, o salário mínimo não poderá ser vinculado a nada, nem a correção de prestação de contrato, nem a qualquer índice.

Note que, pelo dizer do inciso, o salário mínimo deveria comprar tudo o que está nele para o trabalhador e para a família desse.

Este inciso foi regulamentado pela Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989.



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

**Comentário:**

Piso salarial não é a mesma coisa que salário mínimo profissional. Este, o salário mínimo profissional, é a menor remuneração com a qual deverão ser pagos os membros de determinada profissão, como os advogados, quando contratados como empregados por alguma empresa. Já piso salarial profissional é a menor remuneração acertada para os membros de uma categoria profissional necessariamente sindicalizada, ou em uma ou várias empresas, categoria essa que poderá reunir várias profissões.

A Constituição impõe que o valor desse piso seja fixado, tendo em conta a extensão e a complexidade do trabalho.

Para Eduardo Gabriel Saad, a Constituição, neste inciso, permite tanto a fixação de piso salarial quanto o salário mínimo profissional.

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

**Comentário:**

O salário, como regra, não pode ser reduzido, porque tem caráter alimentar, porque assegura a subsistência do trabalhador e de sua família. Este inciso admite, contudo, a redução, desde que assim decidido por convenção ou acordo coletivo. Essa redução deverá obedecer a certos critérios. Primeiro, não poderá levar o valor final para menos do que o salário mínimo. Segundo, terá que ser geral. Terceiro, não poderá ultrapassar a 25%a da remuneração habitual do empregado.

Veja-se, também, que se o trabalhador é remunerado por comissão, por tarefa, por peça ou por empreitada, as variações dos valores mensais não são inconstitucionais, embora possam significar reduções eventuais. Nesses casos, a remuneração é necessariamente variável, e, assim, poderá variar para menos, nunca, porém, para menos do que o salário mínimo.

A redução de salário foi normatizada pela Lei n° 4.923, de 23/12/65, principalmente para o caso de empresas em crise financeira ou econômica, o que poderia levar à redução de até 25% dos salários. Com a nova disciplina constitucional, os motivos da redução poderão ser acordados ou convencionados livremente por empregados e empregadores, desde que fique o salário reduzido acima do mínimo.

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

**Comentário:**

A Constituição garante aqui o que se falou acima. No caso de empregado que receba remuneração variável, nunca lhe poderá ser pago valor menor que o salário mínimo, mesmo que suas comissões, por exemplo, não levem a tanto. Neste caso, a quantia deverá ser completada pelo empregador. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas nesse sentido, o que vai ao encontro do conceito de salário mínimo e de sua fundamentação filosófica.

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

**Comentário:**

O benefício do 13° salário é direito do trabalhador na ativa e do trabalhador aposentado. O seu cálculo tomará em conta a remuneração integral do trabalhador, ou seja, o salário e as garantias permanentes.

Esse benefício é regulado pelas Leis N<sup>os</sup> 4.090, de 13 de julho de 1962, e 4.749, de 12 de agosto de 1965. Ambas foram regulamentadas pelo Decreto n° 57.155, de 3 de novembro de 1965.

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

**Comentário:**

A única imposição da Constituição é que o adicional de trabalho noturno tenha seu valor-hora maior do que o valor-hora do trabalho diurno. Não diz o quanto maior deverá ser essa remuneração, pelo que a regulamentação da matéria vai para a legislação ordinária. O adicional noturno só é devido enquanto durar a jornada noturna do trabalhador, podendo ser retirado após sem que se possa alegar redução de salário.

Segundo o art. 73, parág. 1º, da CLT, a hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos, e será noturno o trabalho executado das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte.

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

**Comentário:**

Essa proteção do salário de que fala o dispositivo é ampla, e abrange desde os princípios constitucionais (como irredutibilidade do salário, a garantia de reajustes do poder aquisitivo do mínimo e assim por diante) até outras formas de proteção que a lei venha a criar. Na segunda parte, é dito que a retenção dolosa (quando o empregador não paga porque não quer) é crime, e será punida na forma da lei criminal. Note que o não-pagamento do salário porque o empregador está falido não configura retenção dolosa, mas culposa.

A propósito, dolo, juridicamente, é artifício, engodo ou esperteza para induzir alguém a erro. No Direito Penal, dolo é a vontade deliberada de praticar um delito ou de assumir o risco de produzir o resultado delituoso. No Direito Civil, dolo é um vício de consentimento correspondente à intenção de prejudicar (*animus dolandi*). Do que resulta que a retenção dolosa do salário é a atitude do patrão com objetivo de prejudicar o empregado.

A Convenção nº 95, da OIT, editada a 1º de julho de 1947, aprovou as normas sobre a proteção do salário.

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

**Comentário:**

A garantia constitucional de participação, pelos empregados, nos lucros das empresas, não é nova. Vem desde a Constituição de 1946, e, por mais de 20 anos, ficou existindo como uma regra morta, pois nenhuma lei foi aprovada para regulamentar esse benefício. Sob a Constituição de 88, repetida a prescrição, esse direito não teve tratamento melhor, e só recentemente foi enviado ao Congresso Nacional projeto de lei dispendo sobre o assunto, onde ainda está tramitando.

A participação nos lucros ou resultados, diz o inciso, está desvinculada da remuneração. Isso significa dizer que o 13º salário, por exemplo, não será calculado também sobre o valor das parcelas de lucros eventualmente distribuídas, e nem as verbas devidas pela demissão poderão considerá-las.

Ainda é de se ressaltar, como faz o dispositivo, que a participação na gestão (na condução dos negócios da empresa, ao lado do empresário) será excepcional, isto é, não em todas as empresas, não para todos os empregados, não em todos os casos.

Segundo definição do Conselho Superior do Trabalho da França, proferida em sessão de novembro de 1923, participação nos lucros é um contrato em virtude do qual o empregador se compromete a distribuir, como acréscimo ao pagamento do salário normal, entre os assalariados de empresa, uma parte dos lucros líquidos, sem participação nos prejuízos. A lei de que fala o inciso deverá enfrentar temas básicos desse instituto, como o percentual da participação nos resultados, a fiscalização da exatidão contábil dos lucros divulgados pelo empregador e a identificação dos beneficiários e respectivas quotas.

**XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

**Comentário:**

O salário-família é devido ao empregado por ter este filho menor de 14 anos. A quantia será calculada aplicando-se um percentual sobre o salário mínimo. O trabalhador também receberá salário-família pela existência de filho inválido, de qualquer idade e de dependentes do trabalhador aposentado por invalidez ou velhice. A nova redação do dispositivo, imposta pela EC nº 20, condiciona o pagamento do salário-família à dependência de trabalhador de baixa renda, restringindo expressivamente, com isso, o universo dos beneficiários. Os direitos adquiridos, ou seja, quem já recebe deverá ter esse direito respeitado. Há severas suspeitas de inconstitucionalidade da EC nº 20 por ter abolido direito individual fundamental do trabalhador que tenha renda superior à "baixa renda" arbitrada pelo Congresso ao fazer a Emenda. Seria, assim, lesiva a cláusula pétrea, ferindo limitação material expressa ao poder reformador.

**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;

**Comentário:**

Depois de certo tempo de trabalho diário, a produtividade do empregado começa a decrescer, tanto na quantidade quanto na qualidade. À vista disso, a jornada tida por produtiva é fixada em oito horas por dia e 44 horas semanais, no que atenderia às recomendações da fisiologia do trabalho. Acordo ou convenção coletiva de trabalho somente poderão diminuir a jornada do trabalhador, não aumentá-la. A CLT estabelece, de há muito, como pressuposto de legitimidade da compensação de jornada, o acordo ou convenção coletiva de trabalho, no art. 59, parágraf. 2º, caso em que o acréscimo de jornada não será considerado trabalho extraordinário.

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

**Comentário:**

Há empresas em que a produção não pára, funcionando continuamente ao longo das 24 horas do dia. Nesses casos, os turnos não terão uma pausa, como no caso da jornada de 8 horas, que é dividida em duas de quatro horas. Os turnos ininterruptos terão, no máximo, 6 horas, as quais também poderão ser reduzidas por negociação coletiva.

**XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

**Comentário:**

Todo trabalhador tem direito a um período de 24 horas de descanso a cada semana de trabalho. Esse repouso semanal será remunerado, o que significa dizer que não poderá resultar em qualquer tipo de prejuízo ao salário, porque o dia de repouso, enquanto direito do trabalhador, entende-se como dia trabalhado para fins de remuneração. Finalmente, se for possível, esse dia de repouso será dado no domingo. Se não for, em qualquer outro dia, a critério do empregador.

A primeira menção ao repouso hebdomadário vem da Constituição de 1946, art. 157, VI. A matéria acha-se, ainda, disciplinada pela Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, regulamentada pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949. A OIT também enfrenta esse assunto na Convenção nº 14, segundo a qual todo trabalhador, no curso de cada período de sete dias, deve ter um descanso que compreenda, no mínimo, vinte e quatro horas consecutivas que, sempre que possível, deve coincidir com o domingo. Logo, percebe-se que também é conteúdo deste inciso a previsão do descanso de 24 horas por semana.

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

**Comentário:**

Como já visto, a jornada diária é de 8 horas (em dois turnos de quatro horas) ou de 6 horas (se ininterrupta). Qualquer período diário de trabalho maior do que esses prazos significa horas extraordinárias de trabalho. O pagamento desse acréscimo será feito num valor de hora de trabalho maior do que o da hora normal. A Constituição não diz maior em quanto, o que será, por isso, tarefa de lei ordinária. A única determinação constitucional é no sentido de que a hora extra seja mais bem paga que a hora normal de trabalho. Este inciso constitucional revoga o art. 59, § 1º, da CLT, onde se lia que o adicional por hora suplementar é de, no mínimo, 20% da hora normal. As disposições da CLT que autorizam o aumento da jornada normal de trabalho em duas horas, no máximo (art. 59) e que excepcionalmente permitem trabalho extraordinário além daquele limite (art. 61) permanecem em vigor.

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

**Comentário:**

A figura das férias anuais guarda alguma simetria com o repouso semanal remunerado. Se, por este, o trabalhador tem direito a um dia de descanso remunerado por semana, por aquela, tem direito a 30 dias de descanso remunerado por ano. Esses trinta dias serão contados, para fins de remuneração, como de trabalho. Agora, com base neste inciso da Constituição, o pagamento referente a esse período terá que ter um acréscimo de um terço sobre o salário normal. Os melhores mestres nacionais

entendem que o trabalhador não pode abrir mão desse direito a 30 dias de descanso por ano, o que tornaria inconstitucional a conversão de uma parte do período em abono.

É estabelecido, assim, o repouso anual também remunerado, mas com acréscimo sobre o salário normal do empregado, da ordem de um terço, pelo menos. A Convenção n° 132 da OIT determina que o repouso anual não poderá ser inferior a três semanas. O pagamento do adicional deve ser feito antes do gozo do benefício.

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

**Comentário:**

A trabalhadora gestante tem direito a um período de 120 dias de licença, em regra contados a partir do parto, para dar a assistência pessoal e inicial ao bebê recém-nascido. Durante esses 120 dias não poderá ter nenhum prejuízo em sua remuneração, recebendo o salário integral normalmente, como se estivesse trabalhando.

A licença-maternidade não se confunde com a estabilidade relativa dada à gestante, nos termos do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Por essa estabilidade, a trabalhadora gestante não poderá ser demitida arbitrariamente ou sem justa causa desde o momento em que confirmada a sua gravidez até o quinto mês após o parto. Somente poderá ser despedida por justa causa. As duas proteções, a da licença e a da estabilidade relativa, não se confundem porque no caso desta, da estabilidade, a mulher tem direito de continuar trabalhando normalmente e recebendo seu salário, ao passo em que, no caso da licença, tem direito de não trabalhar durante o período, e assim mesmo receber normalmente o salário.

Esse direito vem da Constituição anterior, cujo art. 165, X1, previa o "descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário", sendo que a duração dessa proteção era remetida à lei ordinária.

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

**Comentário:**

O constituinte decidiu também proteger o pai por causa do nascimento do filho. Disse neste inciso que o pai terá direito a uma licença-paternidade, cuja regulamentação será dada em lei. Prevendo, contudo, a própria morosidade, o legislador instituiu um período para o benefício até que a lei pedida não fosse feita. Esse período está no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e, por ele, a licença será de 5 dias até que a lei que o regulamente venha a existir.

Não há disposição semelhante em Constituições de outros países, nem nas nações mais avançadas. A única notícia de legislação anterior à atual Constituição está no art. 473 da CLT, que, prevendo hipótese semelhante, autoriza o empregado a não comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, por um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana.

**XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

**Comentário:**

Encontra-se, aqui, uma das formas de tratamento diferenciado entre homens e mulheres, admitida pelo inciso I do art. 5°. Por este inciso, a mulher terá o seu mercado de trabalho especialmente protegido por lei. Essa proteção será feita mediante a previsão legal de incentivos específicos para a mulher trabalhadora. A aplicabilidade desta norma, evidentemente, deverá aguardar a lei regulamentadora, onde serão criados os instrumentos que permitam essa especial proteção.

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

**Comentário:**

O aviso prévio existe no Brasil desde 1850, e desde então tem o prazo de 30 dias. Consiste na obrigação que qualquer uma das partes do contrato de trabalho, patrão ou empregado, tem de comunicar previamente à outra a sua intenção de romper essa relação em data futura e certa.

A Constituição assegura que o menor prazo possível para esse instituto é de 30 dias, mas evolui no sentido de afirmar que deverá ter ele, a partir desse prazo mínimo, proporcionalidade com o

tempo de empresa do empregado. Assim, quanto mais tempo de trabalho na empresa, maior deverá ser o prazo de aviso prévio. Quem dirá o tamanho desse acréscimo no prazo de aviso prévio será a lei ordinária pedida pelo dispositivo, que não existe ainda.

Trata-se de norma parcialmente aplicável, no que tange ao período mínimo do aviso prévio. Conforme tem decidido o TST, contudo, por não haver ainda a lei que estabelece a proporcionalidade, o prazo de 30 dias é, também, o prazo total do aviso.

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

**Comentário:**

Traduzido, significa, que o empregador deve garantir ao empregado um trabalho em boas condições de higiene, iluminação, ventilação, temperatura, proteção de segurança e itens assemelhados, de forma a garantir a integridade física e psíquica do trabalhador.

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

**Comentário:**

Atividade penosa é a que exige, para a sua realização, um esforço, sacrifício ou incômodo muito grande. Atividade insalubre é a que compromete a saúde do trabalhador. Atividade perigosa é a que ameaça a vida do trabalhador. Pelo trabalho em tais condições tem o trabalhador direito a receber um valor adicional ao salário, de forma a compensá-lo pelo sacrifício e riscos que corre.

**XXIV** - aposentadoria;

**Comentário:**

Aposentadoria é o direito que tem o trabalhador de passar para a inatividade, isto é, parar de trabalhar, recebendo uma quantia chamada proventos e que, em tese, deve garantir-lhe um final de vida tranqüilo depois de um período de trabalho.

A aposentadoria pode ser por tempo de serviço, por idade ou por invalidez e, neste inciso, a Constituição parece ter admitido qualquer dessas formas. Não se afasta, preliminarmente, nem o direito de algumas categorias especiais de trabalhadores a aposentadorias especiais, como os aeronautas, os operadores de aparelhos de raio X e os professores.

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

**Comentário:**

Sabendo da preocupação que tem o trabalhador com os cuidados com seus filhos menores durante a jornada de trabalho, instituiu a Constituição, por este inciso, a obrigação do empregador de garantir assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador, situados na faixa etária de até 5 anos.

**XXVI** - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

**Comentário:**

O principal efeito deste inciso é o de dar peso jurídico às disposições contidas em convenções e acordos coletivos de trabalho, vinculando os seus subscritores e obrigando reciprocamente, com peso de lei.

Convenções coletivas de trabalho são instrumentos destinados a regular as relações de trabalho de toda uma categoria profissional, é uma espécie de contrato coletivo. Com raríssimas exceções, as convenções coletivas são exclusivas de sindicatos de empregadores e de empregados.

Acordo coletivo são instrumentos que não obrigam toda uma categoria, mas se destinam a ter vigência exclusivamente entre as empresas ou grupos de empresas que participaram da negociação.

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

**Comentário:**

A preocupação aqui é de diminuir os impactos da progressiva automação das empresas sobre o número de seus empregados, já que, não raro, a instalação de um robô ou processos informatizados de produção leva ao desemprego de quantos realizavam essas tarefas antes disso. Por esse dispositivo, o constituinte quis determinar ao legislador ordinário que criasse maneiras de proteger os empregados de perderem seus postos de trabalho para a automação, e que poderá ser através de reciclagem profissional, aproveitamento em outras atividades ou um tipo de indenização.

**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;

**Comentário:**

O inciso garante, primeiramente, ao trabalhador, o direito de ter uma cobertura de seguro contra eventuais acidentes de trabalho, paga pelo empregador. Além disso, se vier a se acidentar sem culpa própria ou sem dolo, terá direito de pleitear indenização por acidente de trabalho contra o patrão, independentemente de este já ter pago o seguro citado. A Previdência Social deverá atender aos casos de doença, invalidez ou morte decorrente de acidente de trabalho, nos termos do art. 201, I. Por força da equiparação promovida pelo *caput* deste artigo, a cobertura será tanto de acidentes de trabalho urbano quanto de trabalho rural. A norma sob exame mostra que o ônus do seguro acidentário é do empregador, o que dispensa as contribuições da União e do empregado para mantê-lo.

**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;

**Comentário:**

Este é o único ponto, neste artigo, em que trabalhadores urbanos e rurais são tratados diferentemente. Cuida ele dos prazos prescricionais, ou seja, dos prazos dentro dos quais o trabalhador pode reclamar judicialmente o pagamento de alguma verba que entenda devida.

Para o trabalhador urbano, o prazo é de cinco anos, durante a relação de emprego, e de apenas dois anos depois do final dela. O primeiro prazo, de cinco anos, é contado da data do fato. O segundo, da data da demissão.

Para o trabalhador rural o prazo é diferente, já que não ocorre para ele, regularmente, a prescrição de cinco anos interna ao contrato de trabalho, sendo esta limitada aos dois anos depois do fim do contrato de trabalho. O resultado é que o trabalhador rural, pela redação deste inciso, poderá pedir judicialmente, se o fizer em até dois anos depois do fim do contrato de trabalho, todos os créditos daquela relação de emprego, desde o seu início.

O rigor dessa norma é suavizado pela prescrição do art. 233 da Constituição, pelo qual o empregador rural deverá, a cada cinco anos, comparecer perante a Justiça do Trabalho para comprovar o cumprimento das obrigações trabalhistas que tem com o seu empregado. Este também deverá comparecer, e, para se evitar que fique sem assistência, o seu representante sindical deverá acompanhá-lo.

Vale ver ainda o art. 10, párag. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se refere à primeira comprovação nos termos do art. 233.

É oportuno repetir a lição de Câmara Leal para quem prescrição é “a extinção da ação ajuizável em virtude da inércia de seu titular, durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”. Ou “a prescrição é uma exceção ou meio pelo qual se pode, em geral, rechaçar uma ação porque aquele que a promove deixou durante certo tempo de intentar ou exercer o direito ao qual ela se refere.” (Aubry-Rau)

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

**Comentário:**

Tem-se aqui uma outra face do princípio da isonomia e da proibição da discriminação, já vistos. Salários, funções e critério de admissão não poderão ter fundamento discriminatório com base em sexo, idade, cor ou estado civil.

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

**Comentário:**

Regra que complementa o inciso anterior, estendendo a isonomia para abranger também a proibição da diferenciação dos deficientes físicos, principalmente no tocante a salários. Essa regra tem raízes em emenda constitucional de 1978, onde o deficiente tinha a seu favor a proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público.

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

**Comentário:**

A redação deste inciso pode induzir a erro, se o intérprete pensar que se está equiparando todas as profissões, quer manuais, quer técnicas, quer intelectuais. O que quer dizer o inciso, e diz mal, é que nenhuma dessas formas de trabalho poderá ser vista de maneira diferente para fins de reconhecimento e aplicação de direitos trabalhistas. Em outras palavras, tanto tem direito a horas extras o trabalhador manual quanto o técnico e o intelectual, e assim por diante. Também, aqui, se tem reflexo do Princípio da Isonomia.

**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;

**Comentário:**

A nova redação deste inciso, dada pela EC nº 20/98, conduz a duas conseqüências imediatas: o aumento da idade mínima para exercer qualquer trabalho, que passou de quatorze para dezesseis anos, e a imposição de uma idade mínima para a admissão como aprendiz, qual seja quatorze anos, inexistente no texto vencido. Em decorrência, até os quatorze anos é inconstitucional a admissão de aprendiz.

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

**Comentário:**

Inciso do qual já se falou ao comentar o *caput* deste artigo. Aqui se encontra a equiparação do trabalhador com vínculo permanente (com contrato assinado com um único empregador), avulso, que trabalha rotineiramente, mas o faz sujeito a diversos patrões, do que é exemplo típico o estivador de cais. O trabalhador avulso não se confunde com o temporário, o autônomo e o eventual. Para os conceitos, veja-se os comentários ao *caput* deste art. 7º.

São trabalhadores avulsos os estivadores, trabalhadores em estiva de carvão e minério e trabalhadores em alvarenga, conferentes de carga e descarga, consertadores de carga e descarga, vigias portuários, trabalhadores avulsos de capatazia, trabalhadores no comércio armazenador (arrumadores), ensacadores de café, cacau, sal e similares, classificador de frutas, práticos de barra e portos, catadeiras e costureiras no comércio de café, dentre outros.

**Parágrafo único** - São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos **incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV**, bem como a sua integração à previdência social.

**Comentário:**

Trabalhador doméstico é aquele que se ocupa de atividade da qual não resulta proveito econômico. Uma empregada que faça a faxina de uma casa, por exemplo, não está na mesma posição da empregada que, além de fazer a faxina, trabalha com a patroa na fabricação de doces e salgados para a venda. No primeiro caso, é ela empregada doméstica. No segundo, não.

O empregado doméstico não tem todos os direitos do art. 7º. Tem apenas alguns, a saber: salário mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias, licença-maternidade, licença-paternidade, aviso prévio e aposentadoria.

Também é assegurada ao empregado doméstico a integração ao sistema previdenciário.

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

**Comentário:**

O *caput* deste artigo repete direito já assegurado no art. 5º, XX. Apenas especifica que aqui se trata de associação profissional ou associação sindical, ao passo que lá o direito é genérico. Mas, se é genérico, compreende também este. Cabe a observação de que associação profissional e associação sindical não são sinônimos, sendo a primeira um núcleo embrionário, inicial, da segunda.

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;

**Comentário:**

O inciso trata da única providência legal para a constituição de sindicato, que é o registro em órgão competente. Esse “órgão competente”, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, é o Ministério do Trabalho, até que a lei crie outro. Ainda fica proibido o condicionamento da existência de sindicato à autorização de quem quer que seja, e vedadas todas as formas de interferência ou intervenção do Estado na estrutura sindical, através, por exemplo, da exigência de relatórios de atividades, de publicação de balanços, de suportar a presença de um preposto de autoridade pública nas reuniões e assembléias. Esse registro, que é o lançamento em livro próprio, com as formalidades para que esse ato jurídico produza seus regulares efeitos, somente poderá ser recusado pelo órgão competente se os estatutos da entidade sindical contiverem previsões contrárias à lei ou à Constituição.

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;

**Comentário:**

Este dispositivo consagra o princípio da unicidade sindical, pelo qual somente poderá haver uma entidade sindical em cada base territorial.

Base territorial é a região, o limite territorial onde atua a entidade sindical. Seu tamanho mínimo será um município, e o adequado será definido pela categoria.

Os graus das organizações sindicais são três: sindicato (que representa categoria), federação (que representa sindicatos), e confederação (que representa federações). Em face da redação constitucional, deste inciso e do anterior, fica revogado o art. 534, § 2º, da CLT, que previa a necessidade de consentimento do Ministro do Trabalho para que uma federação fosse interestadual ou nacional.

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

**Comentário:**

O sindicato é o representante dos empregados sindicalizados nas negociações e acordos coletivos, sendo que, naquelas, sua presença é obrigatória, como se verá no inciso VI, abaixo. Se atuar em nome individual, será representante processual. Se em nome coletivo, será substituto processual.

Os sindicatos também exercem a função de representação processual do empregado, tanto judicial quanto extrajudicialmente, tanto em defesa de interesse de toda a categoria quanto na defesa de interesses de um grupo de membros ou mesmo de um só deles.

Vale a pena confrontar esse dispositivo com o inciso XXI do art. 5º. Lá, exige-se que as entidades associativas podem representar seus associados judicial e extrajudicialmente, desde que expressamente autorizadas. Dos sindicatos não se pode exigir essa autorização expressa, porque ela já se presume pelas suas próprias finalidades.

A Lei nº 7.788, de 1º/7/89, em seu art. 8º, dispõe que “nos termos do inciso III do art. 8º da Constituição, as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais da categoria, não tendo eficácia a desistência, a renúncia e transações individuais”. Para Eduardo Gabriel Saad, somente a categoria, em assembléia, poderia adotar esses atos.



**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;

**Comentário:**

Trata-se aqui de duas contribuições.

A primeira, a contribuição de custeio do sistema confederativo, será criada por assembléia-geral da organização sindical interessada, e paga por todos os trabalhadores sindicalizados. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa contribuição não pode ser cobrada de trabalhador não vinculado à entidade sindical que a cria.

A segunda, a contribuição sindical, é criada por lei e paga por todos os trabalhadores, sindicalizados ou não. O pagamento de uma não impede a cobrança da outra, já que são independentes. A contribuição sindical é devida pelo fato de se pertencer a uma determinada categoria econômica ou profissional ou a uma profissão liberal.

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

**Comentário:**

Novamente se prevê a liberdade associativa. Qualquer pessoa filia-se ao sindicato quando quiser, fica o tempo que quiser e desliga-se quando quiser.

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

**Comentário:**

Do conceito de negociação coletiva de trabalho já se falou, ao comentar o inciso XXVI do art. 7°. Da necessidade de o sindicato participar delas também já se disse, lá e no comentário ao inciso I deste artigo. Essa redação faz do sindicato figura indispensável na celebração de um pacto coletivo (convenção ou acordo) na tentativa de resolução de um conflito coletivo de trabalho, por meio de arbitragem ou para ajuizamento de um dissídio coletivo.

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

**Comentário:**

Dispositivo que visa a evitar que um sindicalizado, só pela condição de estar inativo, possa ser alijado do direito de participar da definição dos destinos da entidade a que pertence.

**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.

**Comentário:**

A Constituição estabelece três hipóteses de estabilidade relativa para o empregado. Duas delas estão no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e são a do trabalhador membro da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) durante o mandato e até um ano após o fim deste, e da trabalhadora gestante, desde a confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto. Há, neste inciso, o terceiro caso, que é o do trabalhador eleito para ocupar cargo de direção ou representação sindical, durante o mandato e até um ano após o fim deste. Note, também, que todos os membros de todas as chapas que disputam a eleição têm essa proteção até a eleição. Depois desta, os não-eleitos a perdem.

**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.

**Comentário:**

Colônias de pescadores e sindicatos rurais são entidades associativas de natureza sindical de pequeno porte. A elas, em razão de suas peculiaridades, serão estendidos os princípios de organização e funcionamento sindical conhecidos neste artigo, no que couber.

**Art. 9º** - 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.

**Comentário:**

Segundo Helène Sinay, a greve é um ato de força, e, por isso, à primeira vista, o Direito não deveria dela se ocupar. Segundo Alexandre de Moraes, a palavra “greve” deriva de uma Place de Grève, praça de Paris onde os trabalhadores se reuniam para fazer reivindicações trabalhistas. Para Cássio Mesquita de Barros, o direito de greve se configura como um direito de imunidade do trabalhador face às conseqüências normais de não trabalhar. Vale perceber que este art. 9º trata da greve dos trabalhadores privados, incluídos os de sociedades de economia mista e de empresas públicas. O direito de greve do servidor público está previsto no art. 37, VII. A permissão de escolha, pelos trabalhadores, dos interesses que podem ser defendidos por greve permite a realização de greve de solidariedade, de greve reivindicatória, de greve de protesto e de greve política.

**§ 1º** - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

**§ 2º** - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

**Comentário:**

Este inciso pede uma lei de greve para reger esse movimento dos trabalhadores. Neste art. 9º, lei ordinária regerá a greve de empregados públicos ou privados, lei que já existe desde 1989, sob o nº 7.783. Nesta Lei, são serviços essenciais os ligados à água, energia elétrica, gás e combustível, saúde, distribuição de medicamentos e alimentos, funerária, transporte coletivo, captação e tratamento de esgoto e lixo, telecomunicações, tráfego aéreo, compensação bancária e processamento de dados.

Sobre a greve de trabalhadores cabe ver que compete a eles decidir o que querem pleitear pelo movimento e quando querem que seja feito. As atividades e serviços essenciais já estão definidos pela lei de que se falou acima, e qualquer desrespeito a essa lei, como qualquer desrespeito a qualquer lei, será punido.

É muito criticada a excessiva liberdade dada pelo caput deste artigo, já que permitiria a realização da greve para qualquer finalidade e a qualquer momento, inclusive em defesa de interesses que nada ou muito pouco tenham a ver com os dos trabalhadores.

**Art. 10** - 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.

**Comentário:**

Trabalhadores e empregadores terão assento nos órgãos colegiados (compostos por diversas pessoas) em que interesses profissionais e previdenciários sejam discutidos e decididos. Exemplo desses órgãos é o conselho curador da Previdência Social.

É assegurado o direito à participação orgânica aos empregados. É novidade da atual Constituição.

**Art. 11** - Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

**Comentário:**

Empresas compostas por número de empregados igual ou superior a 200 deverão admitir um representante deste junto à direção, para realizar a ponte entre os interesses dos empregados e o dos patrões. Tem-se, aqui, um direito coletivo corporativo. Embora o Brasil não a tenha ratificado, a Convenção nº 135 da OIT prevê proteção aos trabalhadores que sejam “representantes dos trabalhadores na empresa”, proteção essa que se estende contra a despedida imotivada, ou motivada pela sua condição de representante.

### **CAPÍTULO III DA NACIONALIDADE**

**Comentário:**

A nacionalidade representa um vínculo jurídico que designa quais são as pessoas que fazem parte da sociedade política estatal. O conjunto dessas pessoas chama-se povo, que não deve ser confundido com população, pois este tem uma compreensão meramente demográfica. A rigor, a palavra nacionalidade apresenta dois conteúdos: um sociológico e outro jurídico, segundo o prof. Francisco Xavier da Silva Guimarães. O conceito sociológico vincula-se à Nação, ou seja, ao grupo de indivíduos que possuem as mesmas características, como língua, raça, religião, hábitos e meios de vida. O sentido jurídico, que é o que interessa a esta obra, tem a predominância não no sentido de nação, mas, sim, da qualidade de um indivíduo como membro de um Estado. Dir-se-ia, então, que a nacionalidade em acepção jurídica é o vínculo que une os indivíduos de uma sociedade juridicamente organizada, tendo como fundamento básico razões de ordem política, traduzida na necessidade de o Estado indicar seus próprios nacionais. Para Pontes de Miranda, nacionalidade é o laço jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado.

É importante ressaltar, também, as diferenças conceituais entre naturalidade (indicativa do lugar de nascimento de uma pessoa, em certa região ou localidade), cidadania (conjunto de prerrogativas de direito político conferidas à pessoa natural, constitucionalmente asseguradas e exercidas pelos nacionais, ou seja, por aqueles que têm a faculdade de intervir na direção dos negócios públicos e de participar no exercício da soberania) e de nacionalidade, que se viu acima.

**Art. 12** - São brasileiros:

**Comentário:**

São dois os critérios determinadores da nacionalidade, a saber o *jus sanguinis* e o *jus solis*. O *jus sanguinis* informa a nacionalidade pela filiação, independentemente do lugar de nascimento. O que determina a nacionalidade é a nacionalidade dos pais. Se ambos forem de mesma nacionalidade, não há problema, mas se essa for diferente para ambos, a tendência que domina em muitos países é reconhecer-se a nacionalidade do filho se este tiver nascido no território nacional e qualquer dos pais for nacional do país. O *jus solis* atribui a nacionalidade pelo local de nascimento, ou, pelo critério territorial, e desconsidera a nacionalidade dos pais. É de ver que a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece, em seu art. 15, que "todo homem tem direito a uma nacionalidade" e que "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade".

I - natos:

**Comentário:**

Tem-se aqui a nacionalidade primária, involuntária, pelo fato do nascimento. Todos os casos possíveis de reconhecimento de condição de brasileiro nato estão neste inciso. É de se perceber que as únicas hipóteses de nacionalidade primária (ou originária) são as previstas neste inciso da Constituição. O Ministro Francisco Rezek, então no STF identifica inconstitucionalidade em qualquer lei que pretenda criar hipóteses novas de condição de brasileiro nato.

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

**Comentário:**

Tratando de brasileiros natos, a Constituição, nesta alínea, estabelece a regra geral, a regra do *jus solis*, ou seja, de aquisição da nacionalidade pelo solo de nascimento. Assim, são brasileiros os nascidos na República Federativa do Brasil, em qualquer ponto de seu território. Mais adiante, afirma que mesmo que os pais do nascido acidentalmente no Brasil sejam estrangeiros ele, o bebê, ainda será brasileiro nato, se feito registro civil competente. A única exceção ocorre quando tais pais estrangeiros estiverem no Brasil em serviço oficial de seu país, como no caso dos diplomatas, dos que estiverem em missão de serviço público a serviço de seus Estados de origem ou que aqui representem legações internacionais, como a ONU. Neste caso, guardam a nacionalidade do país de origem dos pais, pelo critério do *jus sanguinis* (aquisição de nacionalidade pelo sangue dos pais), fazendo valer o princípio da extraterritorialidade diplomática. É interessante notar que a Constituição exige que ambos os pais sejam estrangeiros, e que pelo menos um deles esteja a serviço diplomático oficial de seu próprio país, e não de outro.

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

### **Comentário:**

A regra contida neste inciso, e no próximo, fala da aquisição da nacionalidade pelo *jus sanguinis*. Aqui é dito que são brasileiros natos os nascidos no exterior, quer de pai, quer de mãe brasileiros (e por isso não é acolhido no Brasil o *jus sanguinis* puro, que exige que ambos os pais sejam natos), desde que qualquer dos dois esteja no estrangeiro a serviço oficial do Brasil. Novamente é o caso dos diplomatas. Nesta linha, tanto serão brasileiros natos os filhos de um diplomata brasileiro com uma ucraniana como de uma diplomata brasileira com um chinês. Basta que um dos pais seja brasileiro em missão oficial no exterior.

- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

### **Comentário:**

Aqui está a última regra do *jus sanguinis* para aquisição de condição de brasileiro, também chamada pela doutrina de nacionalidade potestativa. Não se fala, neste inciso, nas hipóteses envolvendo diplomatas em missão oficial, mas qualquer brasileiro, no exterior por qualquer motivo. Neste ponto, a superação da redação original da Constituição de 1988 deixou algumas dúvidas no ar, mas a melhor interpretação do dispositivo atual é: nascida a criança no estrangeiro, filha de pai ou de mãe brasileira, poderá ela ser registrada em repartição consular competente (como um consulado brasileiro) e, nesse momento, adquirir a condição de brasileiro nato sob condição suspensiva de posterior residência no Brasil. Restará outra opção à criança: vir a residir no Brasil, em caráter definitivo, e aqui, a qualquer tempo (após os 21 anos, que é a maioridade civil, antes da qual as manifestações de vontade não têm reconhecimento legal perante a lei brasileira) optar pela condição de brasileiro nato, provando essa mesma condição a respeito de um dos pais. Não está previsto o prazo de residência nem o prazo para a opção, pelo que pode se eternizar essa condição suspensiva. A opção deverá ser necessariamente exercida, pelo detentor de maioridade civil, perante um juiz federal, a quem incumbe, por força do art. 109, X, "processar e julgar as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção...".

## **II - naturalizados:**

### **Comentário:**

Aqui, a nacionalidade secundária, voluntária, e por opção ou por eleição. A concessão da nacionalidade brasileira está inteiramente submetida à discricionariedade do Poder Público brasileiro, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, segundo límpida lição de Francisco Xavier da Silva Guimarães, e do Ministro Celso de Mello, para quem "a concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo. A satisfação das condições, exigências e requisitos legais não assegura ao estrangeiro direito à naturalização. A outorga da nacionalidade brasileira, secundária a um estrangeiro, constitui manifestação de soberania nacional". Essa concessão está prevista no art. 121 do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). Uma das condições impostas ao estrangeiro é a renúncia à nacionalidade ou nacionalidades anteriores.

A aquisição da nacionalidade pode ser **tácita** (quando não depende de requerimento do interessado) ou **expressa** (quando depende dessa manifestação de vontade). A doutrina divide esta última em **ordinária** (quando esse requerimento é regido pela lei) e **extraordinária** (quando a hipótese de aquisição é oferecida pela própria Constituição.)

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

### **Comentário:**

Tem-se, aqui, hipótese de naturalização expressa ordinária, já que submetida aos termos da lei. Para a aquisição da condição de brasileiro, o estrangeiro deverá proceder de acordo com a lei (o Estatuto do Estrangeiro, citado), na qual são encontráveis os requisitos e procedimentos necessários para a obtenção da nacionalidade brasileira. Há, no entanto, um grupo especial de estrangeiros, formado pelos egressos de país de língua portuguesa (Portugal, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Ilhas Príncipe, Goa, Gamão, Dio, Macau e Timor) que tem a seu favor condições mais favoráveis, quais sejam residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. Aos demais estrangeiros a lei se aplica na sua inteireza.

A Lei nº 6.815/80 enumera oito condições para a naturalização: capacidade civil, pela lei brasileira; registro como permanente no Brasil; residência contínua no Brasil pelo prazo mínimo de 4 anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; saber ler e escrever em português; exercício de profissão ou posse de bens suficientes para a manutenção própria e da família; bom procedimento; inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação, no Brasil ou no exterior; e boa saúde.

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

**Comentário:**

Aqui, a Constituição erige hipótese de aquisição de nacionalidade brasileira expressa extraordinária. Por ela, todos e qualquer estrangeiro, de qualquer nacionalidade, poderá beneficiar-se dessa forma excepcional de aquisição de nacionalidade. As exigências são apenas três: residência ininterrupta no Brasil há mais de quinze anos, ausência de condenação penal definitiva no Brasil e requerimento. É de se notar que não é impedimento a essa via de aquisição de nacionalidade a existência de condenação civil ou trabalhista. Como é lógico, a aquisição de nacionalidade depende de requerimento e, feito este por um dos cônjuges, não se estende automaticamente ao outro, nem aos filhos. É importante notar a condição de ininterrupto do prazo de residência, que não é quebrado por breves viagens ao exterior já que a Constituição exige residência contínua, e não permanência contínua.

Para alguns autores, como Alexandre de Moraes e Celso Bastos, a passagem "...desde que requeiram..." significa que o requerimento, preenchidas as condições constitucionais, não poderá ser negado pelo Poder Executivo, constituindo-se em direito subjetivo do estrangeiro.

§ 1º - Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

**Comentário:**

Este parágrafo não se dirige ao português que pretenda nacionalizar-se brasileiro, mas àquele que não pretende a naturalização, e sim permanecer como português, como estrangeiro, no Brasil. Esse português, em virtude dos laços históricos com Portugal, terá uma equiparação ao brasileiro naturalizado sem sê-lo. Note que apenas o português tem direito a essa equiparação. Um angolano, por exemplo, terá que se naturalizar para adquirir tais direitos.

O parágrafo também condiciona o gozo dessa equiparação à existência e observância da reciprocidade, que significa dar aos portugueses no Brasil tratamento semelhante ao conferido aos brasileiros em Portugal.

A supressão da igualação ao "brasileiro nato", na reforma constitucional de 1994, recolocou a questão nos seus termos, mantendo a paridade com o brasileiro naturalizado. A dimensão da reciprocidade, segundo o prof. Francisco Xavier da Silva Guimarães, está contida no Estatuto da Igualdade ou Convenção de Reciprocidade de Tratamento entre brasileiros e portugueses, documento bilateral aprovado em 24 de novembro de 1971 pelo Decreto Legislativo nº 82/72. Vale observar, como informação, que a revisão constitucional realizada em Portugal em 1998 retirou da Constituição lusitana dispositivo que assegurava a equiparação do brasileiro ao português. As conseqüências disso para a "reciprocidade" são óbvias.

§ 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

**Comentário:**

O parágrafo elimina quaisquer dúvidas acerca do alcance das desigualdades entre brasileiros natos e naturalizados. São as previstas expressamente na Constituição, não podendo ser estendidas a outros casos. Este parágrafo veio recepcionar a Lei nº 6.182, de 19/12/74, que veda essas distinções. As únicas distinções permitidas pelo texto constitucional são para o caso de extradição (art. 5º, LI), para o exercício de determinados cargos públicos (art. 12, § 3º), para ocupar o cargo de membro do Conselho da República (art. 89, VII) e para administração e orientação intelectual de veículo de mídia no Brasil (art. 222).

**§ 3º** - São privativos de brasileiro nato os cargos:

- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
- II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
- III - de Presidente do Senado Federal;
- IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V - da carreira diplomática;
- VI - de oficial das Forças Armadas.
- VII - de Ministro de Estado da Defesa.

**Comentário:**

Os cargos previstos neste parágrafo são privativos de brasileiros natos, não podendo ser ocupados por qualquer outro. São: Presidente e Vice-Presidente da República (mas não os Ministros de Estado), Presidente da Câmara dos Deputados (mas não deputado federal), Presidente do Senado Federal (mas não senador), Ministro do Supremo Tribunal Federal (mas não de outros tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça ou o Tribunal Superior do Trabalho, cuidando-se que o STM e o TSE, nos termos da Constituição, arts. 119 e 123, têm lugares reservados a ministros do STF e a oficiais gerais das Forças Armadas, brasileiros natos, necessariamente), da carreira diplomática (que são 3º Secretário, 2º Secretário, 1º Secretário, Conselheiro, Ministro de 2ª Classe e Ministro de 1ª Classe, que é o embaixador) e, finalmente, os de oficiais das Forças Armadas, que são Exército, Marinha e Aeronáutica (mas não os suboficiais destas Forças, nem os oficiais da Polícia Militar). A Emenda nº 23, de 3/9/99, introduziu neste dispositivo o cargo de Ministro da Defesa. que passa a ser, então, privativo de brasileiro nato.

**§ 4º** - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

**Comentário:**

O brasileiro naturalizado que for processado e julgado culpado de algum crime no Brasil poderá, na sentença, receber uma pena acessória de cancelamento da naturalização, de acordo com a gravidade do crime. Nesse caso, a partir dessa sentença, por ato do Presidente da República, será declarada a perda de sua nacionalidade, para viabilizar a expulsão do Brasil (já que expulsão de brasileiro, mesmo que naturalizado, configura banimento, que é pena inconstitucional, nos termos do art. 5º, XLVII, d).

O ato que cancela ou revoga a nacionalidade, segundo o prof. Francisco Xavier da Silva Guimarães, não é meramente declaratório, mas constitutivo de perda, já que esta não é automática, requerendo ato específico que a determine.

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

- a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
- b) de imposição de naturalização, pela forma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

**Comentário:**

A aquisição voluntária de outra nacionalidade por um brasileiro conduz, como regra, à perda da sua nacionalidade brasileira. Somente duas exceções são admitidas. Primeira, no caso de a lei estrangeira reconhecer ao brasileiro em determinadas condições determinada nacionalidade estrangeira, como é o caso da Itália, que reconhece aos descendentes de italianos nascidos no Brasil a condição de italianos. É caso de acumulação de nacionalidade, ou dupla nacionalidade, constitucionalmente amparado.

Segunda e última, quando a lei estrangeira impuser ao brasileiro a obrigação de naturalizar-se, para que naquele país possa permanecer ou mesmo exercer direitos civis, como trabalhar, alugar imóvel, ter conta em banco, etc.

**Art. 13** - A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§ 1º - São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§ 2º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

**Comentário:**

A língua portuguesa é oficial no Brasil, o que não proíbe que outras aqui sejam faladas e reconhecidas, como no caso do art. 210, § 2º, que reconhece aos índios no Brasil o direito de usarem suas linguagens e dialetos no aprendizado.

Note, também, que os Territórios não poderão ter símbolos próprios, até porque pertencem à União, como autarquias territoriais.

(...)

**TÍTULO III  
DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO**

**CAPÍTULO I  
DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA**

**Art. 18** - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

**Comentário:**

República e União, portanto, não são sinônimos.

A União é pessoa jurídica de Direito Público interno com capacidade política, que ora se manifesta em nome próprio (como União), ora em nome da Federação (como República). No âmbito interno, a União é apenas autônoma, como deixa claro o dispositivo. A República é que é soberana. Para Celso Bastos, soberania é atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser juridicamente ilimitado. Já autonomia é margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre seus negócios. União, Estados, Distrito Federal e Municípios atuam dentro de um quadro jurídico definido pela Constituição Federal, e, portanto, não se pode falar em soberania da União, se exercita ela um poder limitado. Uma outra observação importante é sobre o fato de querer-se considerar Municípios como entes federativos. A opinião dominante na doutrina responde negativamente, suportando esse entendimento como fato de que os Municípios não têm representação no Senado Federal (art. 46, caput) e a intervenção neles é competência dos Estados em que se situem (art. 35).

§ 1º - Brasília é a Capital Federal.

**Comentário:**

Apenas como observação, veja-se que não é o Distrito Federal a Capital Federal, e, sim, Brasília. O Distrito Federal é um quadrilátero de segurança que envolve a Capital Federal. A Constituição, então, evidencia a diferença entre a Capital da República e a sua circunscrição territorial, que é o Distrito Federal.

§ 2º - Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

**Comentário:**

Os territórios federais, portanto, são meras autarquias territoriais da União, simples descentralizações administrativas territoriais.

§ 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

**Comentário:**

População diretamente interessada é aquela residente na área que se pretende incorporar, subdividir ou desmembrar, e não toda a população do Estado ou Estados envolvidos, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do STF também deixou assentado que não se pode instaurar o processo legislativo referente à lei complementar de criação do Estado sem que tenha havido a aprovação da

emancipação por plebiscito homologado pela Justiça Eleitoral. Por outro lado, a aprovação da criação do Estado no plebiscito não obriga o Congresso a aprovar a lei complementar respectiva, já que isso é ato político e discricionário do Legislativo, a partir de critérios de conveniência e oportunidade.

**§ 4º** - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

**Comentário:**

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15/96, que endureceu sensivelmente o processo de criação de Municípios. Dentre as alterações, o plebiscito foi ampliado, para não ser realizado apenas entre a população "diretamente interessada", mas toda a população dos "municípios envolvidos". A "lei" que disporá sobre os Estudos de Viabilidade Municipal deverá ser, temos para nós, estadual, já que substitui a anterior lei complementar estadual sobre os requisitos emancipacionais mínimos.

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

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

**Comentário:**

O Brasil é um Estado laico, inexistindo religião oficial. Alexandre de Moraes lembra bem que o fato de ser Estado laico não significa Estado ateu, já que existe a invocação a Deus no Preâmbulo constitucional. A relação com o Vaticano não está proibida porque não é, formalmente, uma relação com religião, mas com Estado. Ainda, a colaboração de interesse público não é identificada pela Constituição, ao contrário da anterior, que especificava as áreas hospitalar, educacional e assistência social.

II - recusar fé aos documentos públicos;

**Comentário:**

Documento público, passado por autoridade pública, tem a seu favor a presunção de legitimidade, que só pode ser vencida por prova definitiva em contrário, após processo regular.

Desta forma, a União não pode negar fé a documento expedido por órgão oficial do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios, e, assim, uns em relação aos outros. É, por isso, de duvidosa constitucionalidade a exigência feita por determinados órgãos em concursos públicos e concursos vestibulares aos candidatos nesses certames, os quais são obrigados a identificarem-se decalcando as impressões digitais, com olímpico desprezo pela cédula de identidade que portem. Ou a cédula de identidade, passada por órgão público, via de regra uma Secretaria de Segurança Pública, prova que seu portador é quem diz ser, e é carregada, ou admite negativa de quem quer que seja, caso em que resulta inteiramente inócua e inservível. As possibilidades de fraude e falsificação correm contra as bancas realizadoras dos certames e não contra os candidatos, que estão amparados, por este inciso II, também pelo princípio da presunção da inocência e pela regra da identificação civil, todos constitucionais. Alguns tribunais de segundo grau já estão reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência de identificação datiloscópica do candidato em concurso público.

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

**Comentário:**

As distinções entre brasileiros natos e naturalizados, e entre aqueles entre si, são matérias exclusivamente constitucionais, sendo vedado a lei, qualquer lei, percorrer esse tema.

## **CAPÍTULO II DA UNIÃO**

**Art. 20** - São bens da União:

**Comentário:**



A partir da lição de Hely Lopes Meirelles, tem-se que o Estado, como Nação politicamente organizada, exerce poderes de soberania sobre todas as coisas que se encontram em seu território. Alguns desses bens pertencem ao próprio Estado. Outros pertencem aos particulares, mas sua utilização depende de normas do Estado. Outros, finalmente, não pertencem a ninguém, mas são utilizados segundo normas estatais. Esse conjunto de bens compõe o domínio público. O domínio público pode ser classificado como domínio eminente e domínio patrimonial. Domínio eminente é definido por aquele mestre como "poder político pelo qual o Estado submete à sua vontade todas as coisas em seu território", sendo uma manifestação de soberania interna e não configurando um direito de propriedade. É em nome dele que são estabelecidos limites ao uso da propriedade privada. Domínio patrimonial é um direito de propriedade do Estado sobre seus bens, mas um direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial.

É importante, também, o conceito de bens públicos para o célebre administrativista, segundo o qual são, em sentido amplo, todas as coisas corpóreas (fisicamente perceptíveis) ou incorpóreas (sem expressão física), imóveis, móveis e semoventes (que podem ser movidas por força alheia), créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais. Na definição do prof. Diógenes Gasparini, bens públicos são todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes às pessoas públicas e submetidas a um regime de Direito Público instituído em favor do interesse público.

Este artigo relaciona os bens públicos da União, ou seja, situados sob domínio federal.

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

**Comentário:**

Tais bens compõem o chamado domínio patrimonial, ao contrário dos demais incisos deste artigo, que compõem o domínio eminente.

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

**Comentário:**

Terras devolutas são aquelas que pertencem ao domínio público e não se encontram afetadas a nenhuma destinação pública, ou seja, estão sem utilização. Na definição de Diógenes Gasparini, terra devoluta é a que não está destinada a qualquer uso público nem legitimamente integrada ao patrimônio particular. Dessas, são federais as "indispensáveis" aos fins identificados no inciso. As demais são bens dos Estados, conforme o art. 26, IV.

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

**Comentário:**

Terrenos marginais são as áreas de terra às margens dos cursos de água, até uma distância de 15 metros, medidos do ponto médio das enchentes normais dos rios. As praias fluviais são a parte dos terrenos marginais lavadas pelas cheias normais desses cursos de água.

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

**Comentário:**

Praias marítimas são as áreas continentais cobertas e descobertas pelo movimento das marés. Ilhas oceânicas são as que estão afastadas da costa e têm ligação com o relevo do continente por profundidade maior do que 200 metros. Ilhas costeiras são as próximas à costa, e cuja formação é um prolongamento do relevo submarino da plataforma continental, estando ligadas ao continente por profundidade de até 200 metros. Note que, ao contrário do que sugere a redação, Estados, Municípios e terceiros podem ser proprietários de terras tanto nas ilhas oceânicas quanto nas costeiras, a teor do art. 26, II. Mais, as ilhas fluviais somente serão necessariamente bens da União se estiverem localizadas no trecho de rio que faça fronteira entre o Brasil e outro país, não bastando que esteja em outro ponto do seu curso, território brasileiro adentro.

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

**Comentário:**

Plataforma continental é o leito e o subsolo marítimo que se estendam até uma profundidade de 200 metros de profundidade. Zona econômica exclusiva é a faixa de águas marinhas que se encontra da 12<sup>a</sup> até a 200<sup>a</sup> milha marítima ao longo do litoral continental e insular brasileiro. Nessas águas, a exploração econômica de quaisquer recursos naturais é privativa do Brasil, mas o País não tem sobre elas direitos plenos de soberania, tendo que tolerar, por exemplo, a passagem pacífica, em linha reta e em velocidade constante de embarcações e aeronaves não armadas e não militares.

VI - o mar territorial;

**Comentário:**

Mar territorial é a porção de águas marítimas sobre as quais o Brasil exerce poderes de soberania, ou seja, tidas como extensão do território nacional. Atualmente, o mar territorial é de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro.

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

**Comentário:**

Terrenos de marinha são as terras marginais ao mar ou à foz de rios navegáveis, até a distância de 33 metros, continente adentro, medidos da linha de preamar médio. Sua utilização depende de autorização federal, exceto se área urbana ou urbanizável, caso em que é competência do Município. Os acrescidos são formados por terra conduzida e depositada pela caudal dos cursos de água.

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

**Comentário:**

São, principalmente, as quedas d'água, mesmo que localizadas em rios estaduais ou em terras particulares.

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

**Comentário:**

De sua exploração participam as entidades mencionadas no § 1º deste artigo e também o particular dono da terra em que seja descoberta a jazida, conforme consta no art. 176, § 2º.

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

**Comentário:**

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios estão definidas no art. 231, § 1º. Os índios, nessas terras, não são proprietários, mas, sim, detentores de usufruto de caráter permanente, nos termos do art. 231, § 2º.

**§ 1º** - é assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

**Comentário:**

A redação deste artigo não indica o proprietário particular da terra como partícipe do resultado da exploração mineral ou legitimado a receber compensação financeira por essa exploração, o que poderia conduzir à falsa conclusão de que ele não tem, constitucionalmente, esse direito. Falsa, porque

a Constituição, de maneira assistemática, cuidou dos direitos do proprietário, nesses casos, no art. 176, § 2º.

**§ 2º** - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

**Comentário:**

A faixa de fronteira é de interesse da segurança nacional. É possível a existência, nela, de propriedades particulares, mas sempre sujeitas, na sua exploração e manutenção, à permissão federal.

**Art. 21** - Compete à União:

**Comentário:**

Este artigo enumera as competências administrativas, ou materiais, da União, ou seja, ações a serem realizadas exclusivamente pela União. Essa relação é chamada de "poderes enumerados" pela doutrina especializada. Note-se, nitidamente, a dupla posição da União: como pessoa de direito internacional (incisos I e II) e como pessoa de direito interno (III e seguintes).

O Ministro Carlos Velloso anota que a Constituição de 1988, ao estabelecer a repartição de competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, fundou-se na técnica clássica de enumerar poderes à União e deixar os remanescentes aos Estados, além de definir, explicitamente, os poderes do Município, pois, no caso brasileiro, são componentes do Estado federal. A Constituição, contudo, indo além da técnica clássica e inspirada no constitucionalismo alemão, trouxe também a possibilidade de delegação (art. 22, parágrafo único), a definição de áreas comuns, que prevêm atuação paralela da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores de legislação concorrente (art. 24).

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

**Comentário:**

Nessas ações internacionais deverá ser observado o art. 4º desta Constituição.

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

III - assegurar a defesa nacional;

**Comentário:**

Na forma do art. 142.

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

**Comentário:**

Competência do Presidente da República, a teor do art. 84, XXII.

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

**Comentário:**

Matérias previstas nos arts. 137, 136 e 34, respectivamente.

VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

VII - emitir moeda;

**Comentário:**

Na forma do art. 164.

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

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

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

**XI** - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

**Comentário:**

Dispositivo que, de acordo com a EC nº 8, derrubou o monopólio estatal nas telecomunicações e viabilizou a criação da Anatel, o "órgão regulador" de que trata o inciso.

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

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

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

**Comentário:**

Dispositivo que, com sua redação alterada pela EC nº 8, quebrou o monopólio estatal na área de energia elétrica e possibilitou a criação da ANEEL, que é a agência nacional do setor elétrico.

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

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

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

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

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

**Comentário:**

Pelo que fica claro que não há Poder Judiciário do Distrito Federal, mas apenas Poder Judiciário no Distrito Federal. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é ramo do Ministério Público da União (art. 128). Essas três estruturas funcionam em Brasília, podendo ter sede física local nos Territórios Federais se esses tiverem mais de 100 mil habitantes (art. 33, § 3º)

**XIV** - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

**Comentário:**

A primeira providência vem em benefício da estrutura da Constituição. Com a supressão, neste inciso, da competência da União para organizar e manter a polícia federal e as polícias rodoviária e ferroviária federais deslocadas para o art. 144, que trata especificamente do assunto segurança pública, elimina-se o problema de existência do mesmo assunto tratado em duas partes diferentes da Constituição. Prosseguindo, a Emenda Constitucional nº 19 manteve, neste dispositivo, a competência para organizar e manter as polícias civil e militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal. A novidade foi a inclusão da obrigação da União de "prestar assistência financeira ao Distrito Federal" para a execução de serviços públicos, prevendo, para captar as verbas federais com essa destinação, um "fundo próprio". Esse fundo deverá ser criado por lei específica, a teor do art. 167, IX.

**XV** - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

**Comentário:**

A redação não impede que os Estados, Distrito Federal e Municípios organizem seus próprios serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia.

**XVI** - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

**Comentário:**

Nos termos do art. 220, § 3º, I e II.

**XVII** - conceder anistia;

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

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

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

**Comentário:**

"Diretrizes" porque é assunto de competência municipal, nos termos do art. 30, VIII.

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

**XXII** - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

**Comentário:**

A finalidade, louvável, da Emenda Constitucional nº 19, foi a adequação técnica da redação original. Realmente, não compete à polícia federal os serviços de polícia "aérea", assunto da Aeronáutica. A competência da polícia federal é, efetivamente, o policiamento aeroportuário, em terra, portanto.

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

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

**b)** sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

**c)** sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

**d)** a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

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

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

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

**Comentário:**

Artigo que reúne as competências legislativas privativas da União, ou seja, matérias sobre as quais somente poderá haver lei federal. Perceba, no parágrafo único, a possibilidade de delegação sobre "questões específicas" das matérias deste artigo, faculdade atribuída à União e exercitável por lei complementar federal. Se utilizada essa faculdade, os Estados e o Distrito Federal poderão legislar sobre tais questões específicas, que vêm a ser detalhes e minudências dentro dos temas listados neste artigo.

É importante frisar que, nos termos do caput do art. 48, todas as matérias de interesse da União poderão ser objeto de lei federal.

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

**Comentário:**

Quanto ao Direito Processual, o Ministro Carlos Velloso, do STF, anota serem alguns dos seus temas matérias de legislação concorrente, como custas do serviço forense (art. 24, IV), criação, funcionamento e processo do Juizado de Pequenas Causas (art. 24, X), procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), e assistência jurídica e defensoria pública.

II - desapropriação;

**Comentário:**

No assunto desapropriação, a competência é: para legislar, da União, de forma privativa; para desapropriar, da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e DNER; para promover a desapropriação, dos mesmos que podem desapropriar mais as autarquias e concessionários de serviços públicos, quando autorizados por lei ou contrato.

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

**Comentário:**

A possibilidade de requisição está prevista no art. 5º, XXV.

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V - serviço postal;

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII - comércio exterior e interestadual;

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV - populações indígenas;

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

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

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

**Comentário:**

A organização administrativa dos Territórios será objeto de lei federal, mas a do Distrito Federal será feita por lei do próprio DF, por ser ele detentor de autonomia, nos termos do art. 18, caput.

XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

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

**Comentário:**

A competência da União, aqui, se exaure com a legislação sobre normas gerais, cabendo o detalhamento aos respectivos Estados, exceto no Distrito Federal, onde essa matéria é de competência da União (art. 21, XIV). É situação típica de competência legislativa concorrente.

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

**XXIII** - seguridade social;

**Comentário:**

A seguridade social é formada pelos serviços de saúde, previdência social e assistência social (art. 194). Desses, percebe-se que a previdência social é matéria situada no campo da legislação concorrente (art. 24, XII).

**XXIV** - diretrizes e bases da educação nacional;

**Comentário:**

O Ministro Carlos Velloso ressalta que a privatividade de legislação em matéria educacional é duplamente atenuada. Um, por estar a competência legislativa privativa da União limitada às diretrizes e bases da educação; dois, por constar a educação no âmbito da legislação concorrente (art. 24, IX).

**XXV** - registros públicos;

**XXVI** - atividades nucleares de qualquer natureza;

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

**Comentário:**

Note-se, primeiro, que a competência privativa da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais sobre licitação, restando aos Estados competência legislativa concorrente para normas específicas e próprias. A redação do dispositivo foi alterada pela EC n° 19. A primeira grande consequência dos termos da Emenda Constitucional n° 19 sobre a redação antiga é a liberação da administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) das amarras da lei de licitações da administração direta. Estas terão estatuto de licitações próprio e específico, com atenção às suas peculiaridades, de acordo com o art. 173, § 1º, III, que também foi reescrito por essa Emenda Constitucional. Com isso, as licitações e as contratações passam a ter dois regimes jurídicos distintos: um para a administração direta, outro para as empresas públicas e sociedades de economia mista. A propósito, vale ressaltar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já decidiram que a administração indireta está sujeita a regime licitatório em suas compras. A EC n° 19 apenas abriu a possibilidade de regime próprio.

**XXVIII** - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

**XXIX** - propaganda comercial.

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

**Comentário:**

Essa possibilidade de delegação é inspirada na Lei Fundamental de Bonn, art. 71.

**Art. 23** - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

**Comentário:**

Neste artigo estão as competências administrativas ou materiais comuns entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. São enumeradas as ações que serão desempenhadas de forma conjunta pelos quatro entes políticos. A forma de atuação comum nessas áreas será objeto de lei complementar federal, nos termos do parágrafo único, abaixo.

**I** - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

**II** - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

**III** - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

**IV** - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

**V** - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

**VI** - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

**VII** - preservar as florestas, a fauna e a flora;

**VIII** - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

**IX** - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

**X** - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

**XI** - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

**XII** - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

**Parágrafo único** - Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

**Comentário:**

Estas leis complementares estabelecerão as formas e campos de atuação comuns entre os quatro entes políticos identificados.

**Art. 24** - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

**Comentário:**

Aqui estão identificadas as competências legislativas concorrentes da União, Estados e Distrito Federal. Esses assuntos serão objeto de duas leis: uma federal, de normas gerais (§ 1º), e outra estadual ou distrital, de normas específicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que a competência legislativa concorrente aqui prevista é do tipo não-cumulativa, portanto, complementar, pelo que a União edita a norma geral e os Estados acrescentam pormenores à regra primitiva nacional.

**I** - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

**II** - orçamento;

**III** - juntas comerciais;

**IV** - custas dos serviços forenses;

**V** - produção e consumo;

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

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

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

**IX** - educação, cultura, ensino e desporto;

**X** - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

**XI** - procedimentos em matéria processual;

**XII** - previdência social, proteção e defesa da saúde;

**XIII** - assistência jurídica e defensoria pública;

**XIV** - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

**XV** - proteção à infância e à juventude;

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



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

**Comentário:**

Firma-se a competência da União sobre as matérias deste artigo, que deve limitar-se ao estabelecimento de normas gerais, ou seja, de princípios, do regramento básico. A especialização da lei será matéria de lei estadual ou distrital.

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

**Comentário:**

Dispositivo que torna inconstitucional a lei federal que, dispondo sobre os assuntos deste artigo, entra em detalhes, por excluir, com isso, a competência dos Estados e DF para legislar sobre as especificidades.

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

**Comentário:**

Parágrafo que permite ao Estado e ao DF, diante da inércia federal para fazer a lei de normas gerais, fazê-las para uso próprio, quando, então, aquelas entidades federativas legislarão de forma plena, sobre normas gerais e sobre o seu detalhamento procedimental.

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

**Comentário:**

Dispositivo que, completando o anterior, resolve o conflito temporal de normas gerais, do Estado e do DF, feitas por permissão do § 3º, e da União, feita por ordem do § 1º. Valem as normas gerais da União.

### **CAPÍTULO III DOS ESTADOS FEDERADOS**

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

**Comentário:**

Há, aqui, a previsão de exercício, pelos Estados, do poder constituinte decorrente, ou de segundo grau, pelo qual eles elaborarão a sua própria Constituição, dentro dos limites fixados pela Constituição Federal. (Ver sobre isso, o art. 11 do ADCT). A atual Constituição eliminou os princípios constitucionais extensíveis, pelos quais as regras de organização da União deveriam ser observadas pelos Estados, embora o STF venha reconhecendo, em vários casos, a necessidade de que os Estados observem e preservem o padrão federal, como no caso do Tribunal de Contas da União. São identificados, contudo, os princípios constitucionais estabelecidos, que norteiam a organização dos Estados, através de limitações expressas ou implícitas. Há, por exemplo, limitações expressas vedatórias (arts. 19 e 150) e mandatórias (arts. 29, 37 a 41 e 125), e limitações implícitas (art. 21). Finalmente, a inclusão, na Constituição Estadual, de normas que contrariem as estabelecidas pela Constituição Federal configura lesão aos princípios constitucionais sensíveis, o que pode levar à ação de inconstitucionalidade interventiva, prevista nos arts. 34, VII, e 36, III.

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

**Comentário:**

A Constituição manteve a técnica da competência residual para os Estados. É importante ver que foram asseguradas a capacidade de auto-organização e autolegislação (art. 25), de autogoverno (arts. 27, 28 e 125) e de auto-administração (art. 25, § 1º).

**§ 2º** - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

**Comentário:**

A nova redação imposta a este parágrafo extinguiu o monopólio estatal sobre os serviços de distribuição de gás canalizado, que agora podem ser realizados, também, por empresa privada.

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

**Comentário:**

Região metropolitana é a união de sedes de municípios com certa continuidade urbana em torno de um município-pólo. Microrregião é a união de municípios limítrofes, com certa homogeneidade, mas cujas sedes não são unidades por continuidade urbana, como no caso de região metropolitana. Aglomerado urbano é área urbana formada por municípios limítrofes, mas sem um pólo de atração urbana.

**Art. 26** - Incluem-se entre os bens dos Estados:

**Comentário:**

A redação deixa claro que não é uma relação definitiva, mas ilustrativa. Outros bens estaduais são admissíveis para além dos aqui relacionados.

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

**Comentário:**

A ressalva refere-se às águas em depósito que estejam nessa condição por obra federal, como no caso de barragem hidroelétrica.

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

**Comentário:**

A outra parte da disciplina sobre tais ilhas está no art. 20, IV. A redação combinada admite que União, Estados, Municípios e terceiros sejam proprietários de áreas tanto em ilhas oceânicas quanto costeiras.

III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

**Comentário:**

As ilhas fluviais e lacustres pertencentes à União são as situadas em rios ou lagos de limite internacional, a teor do art. 20, IV.

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

**Comentário:**

As terras devolutas da União estão indicadas no art. 20, II, como "indispensáveis" a determinadas

**Art. 27** - O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

**Comentário:**

Como o número de deputados federais de um Estado é obtido pela proporcionalidade com a sua população, entre 8 e 70, nos termos do art. 45, § 1º, fecha-se o cálculo sobre as composições políticas federal.

**§ 1º** - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

**Comentário:**

O sistema eleitoral será o proporcional (art. 45, caput). A inviolabilidade protegerá contra processos baseados em suas opiniões, palavras e votos (art. 53, caput). A imunidade protegerá contra prisão criminal e processo criminal, na forma do art. 53, parágrafos. A remuneração será fixada em uma legislatura, para a subsequente (art. 49, VII). A perda de mandato ocorrerá na forma do art. 55. As licenças, na forma do art. 56. Os impedimentos, na forma do art. 54. A incorporação às Forças Armadas é regida pelo art. 53, § 6º. As regras introduzidas pela Emenda 19, quanto à fixação do valor remuneratório como subsídios e em parcela única,

**§ 2º** - O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por Lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõe os **arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I**.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 começa adequando tecnicamente a redação do parágrafo. A contrapartida financeira de agentes políticos não é, efetivamente, remuneração, mas, sim, subsídio. Mas a grande inovação vai em duas linhas: primeiro, a remuneração dos deputados estaduais passa - a exemplo dos membros do Congresso Nacional - a ser alterável no mesmo ano, e não mais de uma legislatura para outra, como na redação modificada; segundo, não se usará mais decreto legislativo para a fixação desses subsídios, e sim lei, a qual dependerá, para vigor, de sanção do Governador do Estado, podendo, portanto, ser vetada. O percentual máximo de 75% dos subsídios dos deputados federais foi mantido. Esse pagamento aos deputados estaduais será composto de verba única, sem qualquer tipo de adicional, gratificação, abonos ou verbas especiais (conforme o art. 39, § 4º) e, no caso de convocação extraordinária, estão constitucionalmente proibidos os pagamentos de novos valores como subsídio pela presença e participação nessas sessões extras (conforme art. 57, § 7º). Esses subsídios continuam sendo descontados de imposto de renda (arts. 150 e 153).

**§ 3º** - Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos.

**Comentário:**

Essa competência tem paralelo nos arts. 51, III e IV, e 52, XII e XIII.

**§ 4º** - A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

**Comentário:**

O entendimento jurisprudencial é de que o processo legislativo estadual deverá seguir o modelo federal, fixado principalmente nos arts. 61 a 66.

**Art. 28** - A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no **art. 77**.

**§ 1º** - Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no **art. 38, I, IV e V**.

**Comentário:**

Resulta deste parágrafo que o governador, eventualmente aprovado em concurso público, poderá tomar posse, mas não entrará em exercício, pedindo licença para exercício de mandato eletivo. A Emenda Constitucional nº 19 apenas reenumerou este parágrafo, de único para primeiro, para inserir o novo § 2º, abaixo.

**§ 2º** - O subsídio do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõe os **arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.**

**Comentário:**

Os subsídios da cúpula do Executivo estadual - Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado-também passam, a exemplo dos membros da Assembléia Legislativa, a ser fixados por lei, cujo projeto é de iniciativa privativa da Assembléia Legislativa, não mais por decreto legislativo, lei essa que está sujeita, como qualquer lei, à sanção ou veto do Governador do Estado. A verba do pagamento deverá ser única, sem qualquer adicional (art. 39, § 4º); o teto, também nos Estados, é o subsídio percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI), e sobre esses subsídios incide imposto de renda (arts. 150 e 153).

#### **CAPÍTULO IV DOS MUNICÍPIOS**

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

**Comentário:**

A nova Constituição modificou profundamente a posição institucional do Município dentro da Federação, da qual passa a fazer parte, nos termos dos arts. 1º e 18, caput. A doutrina tem ressalvado, contudo, a classificação do Município, por isso, como ente federativo, o que não seria, dada a sua vinculação primeira ao Estado de que é parte e, segundo, pela ausência de representação municipal no Senado Federal, que é o representante da Federação. O Município é dotado de autonomia política, administrativa e financeira, o que o leva a exercer quatro capacidades: a) de auto-organização, mediante o poder de elaborar a sua lei orgânica, respeitados os princípios das Constituições Federal e Estadual; b) de autogoverno, pela eletividade de Prefeito e Vereadores, sendo sabido que o Município não dispõe de Judiciário; c) normativa, de elaboração das leis de que necessite, nos termos do art. 30, I; d) de auto-administração, para manter e prestar os serviços de interesse local. Os princípios constitucionais federais de observância obrigatória pelos Municípios estão principalmente neste artigo sob comentário.

**I** - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País;

**II** - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do **art. 77** no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

**III** - posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;

**IV** - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

**a)** mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

**b)** mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

**c)** mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

**V** - subsídio do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõe os **arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;**

**Comentário:**

Os subsídios de Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais, a exemplo do que acontece com os membros da cúpula do Executivo do Estado, serão fixados por lei de iniciativa da Câmara de Vereadores. Valem, aqui, os mesmos comentários feitos ao § 2º do art. 27.

**VI** - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

- a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- b) em Municípios de dez mil e um a cinqüenta mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- c) em Municípios de cinqüenta mil e um a cem mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinqüenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;
- f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 25/00 revogou o sistema imposto pela Emenda Constitucional nº 19/98 para a fixação de subsídios de Vereadores. Pela EC nº 19/98, tais subsídios seriam fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, em valor limitado ao máximo de 75% dos subsídios estabelecidos para Deputados Estaduais. Pela nova redação, imposta pela EC nº 25/00, volta a impossibilidade de alteração de subsídios na mesma legislatura. O instrumento de fixação deixa de ser, necessariamente, a lei. Nas alíneas, o limite geral de 75% dos subsídios dos Deputados Estaduais passa a ser escalonado de acordo com a população do Município, iniciando em 20% daqueles subsídios, para Municípios de até 10.000 habitantes. Os 75% só serão possíveis em Municípios com mais de 500.000 habitantes.

**VII** - o total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% (cinco por cento) da receita do município;

**Comentário:**

Além dos limites estabelecidos pelos incisos VI e VII, acima, a remuneração do vereador, chamada de subsídio pela EC nº 19, se submete a outro, o XI, do art. 37, que é o valor do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

**VIII** - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

**Comentário:**

Incumbe notar que o vereador é o único legislador que não dispõe de imunidade formal, ou *freedom from arrest*, qual seja a proteção contra prisão criminal e pro cesso criminal, assegurada aos legisladores federais pelo art. 53, parágrafos. É beneficiado, assim, apenas pela imunidade material, prevista no art. 53, *caput*, ou *freedom of speech*.

**IX** - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e, na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembléia Legislativa;

**X** - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

**XI** - organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;

**XII** - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

**XIII** - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado;

**XIV** - perda do mandato do Prefeito, nos termos do **art. 28, § 1º**.

**Art. 29-A.** O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao

somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:

- I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes;
- II - sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes;
- III - seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes;
- IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes.

**Comentário:**

Este novo artigo, inserido pela Emenda Constitucional nº 25/00, de acordo com a técnica imposta pela Lei Complementar nº 95, de 1998 (inserção com numeração repetida, acrescida de letra indicando o novo dispositivo), estabelece limites máximos de despesa com o Poder Legislativo Municipal. É importante notar que os limites dizem respeito às despesas com a Câmara de Vereadores, não apenas às despesas com os Vereadores, e, também, que estão excluídos os gastos com inativos das Câmaras. Os incisos determinam que esse limite de despesa vá de 8% do total de receitas, por ano, para Municípios com população de até 100.000 habitantes, até 5%, para Municípios com população acima de 500.000 habitantes.

**§ 1º** A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.

**Comentário:**

Este parágrafo estabelece um percentual geral para todas as despesas municipais com folha de pagamento, incluídos os gastos com servidores do Executivo, do Legislativo, Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores. Esse percentual é de 70% da receita. A desobediência a essa ordem implica crime de responsabilidade, que poderá levar à cassação do mandato do Prefeito, segundo o § 3º deste artigo.

**§ 2º** Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:

**Comentário:**

Este parágrafo, também resultado da Emenda Constitucional nº 25/00, tipifica, como crime de responsabilidade, os atos do Prefeito Municipal que repasse às despesas do Poder Legislativo local mais do que os percentuais previstos nos incisos deste artigo, ou que não envie o repasse ao Legislativo até o dia vinte de cada mês - o que é uma forma de impedir que o Prefeito pressione a Câmara Municipal, retendo as dotações orçamentárias a ela endereçadas - ou, finalmente, que envie menos do que o percentual fixado neste artigo.

- I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;
- II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou
- III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

**§ 3º** Constitui crime de responsabilidade do Presidente da Câmara Municipal o desrespeito ao § 1º deste artigo.

**Comentário:**

Se o § 2º estabelece como crime de responsabilidade os atos lá descritos em relação ao Poder Legislativo municipal, este parágrafo, também inserido pela EC nº 25/00, trata também como crime de responsabilidade a conduta de Prefeito Municipal que destine às despesas de pessoal do Município, tanto do Executivo quanto do Legislativo, mais do que 70% das receitas municipais.

**Art. 30 - Compete aos Municípios:**

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

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

**VI** - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

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

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

**Comentário:**

As normas urbanísticas são de ordem pública, sem que se possa contrapor direito adquirido.

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

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

**Comentário:**

Preserva-se aqui, em relação ao legislativo municipal, a dupla função constitucional típica dos Poderes Legislativos: a legislativa e a fiscalizadora.

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

**Comentário:**

Note que o § 4º deste artigo impede que o Município crie tribunal de contas municipais a partir de 5/10/1988.

**§ 2º** - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

**Comentário:**

Há, portanto, nesse parecer prévio, uma carga vinculante relativa, já que exige um quorum especial para ser vencido.

**§ 3º** - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

**Comentário:**

Configura o que Hely Lopes Meirelles chama de controle externo popular.

**§ 4º** - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

**Comentário:**

Como resultado, os Municípios como São Paulo e Rio de Janeiro, que dispunham dessas estruturas em 5 de outubro de 1988, permanecem com elas. Os demais de vem se valer dos Tribunais de Contas dos Estados para auxílio ao Legislativo local no controle externo, ou dos Conselhos de Contas.

**CAPÍTULO V**  
**DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**  
**SEÇÃO I**  
**DO DISTRITO FEDERAL**

**Comentário:**

O Distrito Federal sucedeu o Município neutro, antiga sede do governo. É interessante notar que a ordem de sucessão prevista para o Governador, nos Estados, e que inclui o presidente do Tribunal de Justiça, não pode ser adotada no DF, onde o Judiciário é federal.

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

**Comentário:**

O DF não pode ser dividido em municípios, o que implica dizer que as eventuais subdivisões existentes serão meramente administrativas. A lei máxima do DF é a Lei Orgânica.

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

**Comentário:**

Tem-se, aqui, a competência cumulativa do DF. Por não poder ter divisão em municípios, reúne em si as competências reservadas a esses e aos Estados.

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

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

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

**Comentário:**

Porque, como se viu, tais estruturas serão organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIV).

## **SEÇÃO II DOS TERRITÓRIOS**

**Art. 33** - A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

**§ 1º** - Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no **Capítulo IV** deste Título.

**Comentário:**

Veja-se, também, o disposto sobre matéria tributária no art. 147.

**§ 2º** - As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

**§ 3º** - Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.

**Comentário:**

Note que mesmo em Territórios Federais com menos de 100 mil habitantes haverá governador indicado pelo Presidente da República, cuja posse depende de aprovação pelo Senado Federal (art. 52, 111, c).

## **CAPÍTULO VI DA INTERVENÇÃO**

**Comentário:**

Intervenção é um ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que suporta a intervenção. É medida excepcional de defesa do Estado Federal.



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

**Comentário:**

A redação mostra claramente que a regra é a não-intervenção. Esta se dará, na lição de José Afonso da Silva, quando da ocorrência de situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional.

I - manter a integridade nacional;

**Comentário:**

A Federação não admite secessão de seus membros, já que é "união indissolúvel", no dizer do art. 1º, caput. Para Pinto Ferreira, não é apenas a secessão que vulnera a integridade nacional, mas também a autorização de ingresso ou permanência de forças estrangeiras em território nacional, dada por uma unidade da Federação. Em qualquer desses casos, o Presidente da República decreta a intervenção ex jure proprio, ou seja, em caráter discricionário, podendo sua omissão configurar crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, I.

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

**Comentário:**

Também aqui, o Presidente da República age independentemente de provocação, atuando, como bem observa Enrique Ricardo Lewandowsky, como comandante supremo das Forças Armadas. A sua omissão também conduz, como no caso do inciso anterior, à responsabilização. Obviamente, não é necessário aqui que se cumpra a formalidade do art. 84, XIX, que exige a intervenção do Congresso Nacional para a declaração de guerra formal. A invasão é ato de emergência, que requer resposta urgente. Não se exige que a unidade da Federação que esteja sendo invadida requirite a intervenção. Será invasão, para esses fins, tanto a de forças militares hostis quanto a de contingentes de estrangeiros sem os pressupostos de entrada em nosso território, como afirma Pontes de Miranda. O poder de repelir invasão, finalmente, segundo João Barbalho, é também o de impedir ou evitá-la, se ainda não tentada ou iminente. Por "unidade da Federação" entenda-se, além de Estados, também Municípios e o Distrito Federal.

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

**Comentário:**

Não é qualquer perturbação da ordem que torna lícita a intromissão do governo central nos negócios internos das unidades da Federação.

Segundo Enrique Ricardo Lewandowski, ela somente se justifica caso não possa ser debelada pelas autoridades locais ou se estas, por qualquer razão, não queiram fazê-lo. Outra compreensão deste inciso levaria, como nota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao esvaziamento da autonomia estadual. O comprometimento da ordem pública há que ser fora do comum, excepcional.

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

**Comentário:**

Os Poderes são independentes e harmônicos entre si (art. 2º) e existem, a partir dos mesmos princípios, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, com a exceção de que, nestes, não há Judiciário. Sob este fundamento, a ação do Presidente da República não é livre, mas condicionada à solicitação do Poder coacto ou impedido, se forem o Executivo ou o Legislativo, e de requisição do Supremo Tribunal Federal, se for o Judiciário, conforme o art. 36, I.

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

- a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

**Comentário:**

Dívida fundada é aquela constituída de compromissos de exigibilidade superior a 12 meses, contraída para equilibrar o orçamento.

- b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

**Comentário:**

Referência à repartição tributária, prevista nos arts. 158 e 159.

- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

**Comentário:**

"Prover" vem do latim *providere*, que, na Constituição, tem o sentido de providenciar ou tomar providência. Assim, a intervenção por este fundamento tem por fim fazer com que se execute lei federal, ordem judicial ou decisão judicial. A execução de lei federal não pode ser negada por Estados ou pelo Distrito Federal, nem sob o pretexto de que seriam inconstitucionais, pois, neste caso, é necessário que haja a discussão da matéria no Poder Judiciário, pelas vias competentes. A ação do Presidente, neste caso, depende de representação do Procurador-Geral da República ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 36, IV, provida por aquela Corte. Se não for provida, fica o Presidente impedido de decretar a intervenção, pois que inexistentes os fundamentos. Na segunda parte do descumprimento de ordem ou decisão judicial, é preciso que se veja, inicialmente, que essa recusa pode ser a ordem ou decisão de juiz ou tribunal federal ou estadual, porque o Judiciário é uno. Nestes casos, a decretação de intervenção dependerá de requisição do STF, do STJ ou do TSE, conforme a matéria seja constitucional, infraconstitucional ou eleitoral. "Ordem" é qualquer mandamento ou determinação; "decisão", o final em um processo, quer sentença, quer acórdão.

- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

**Comentário:**

A violação desses princípios, classificados como princípios constitucionais sensíveis, fundamenta a ação de inconstitucionalidade interventiva, movida de acordo com o art. 36, III. A violação pode acontecer na elaboração da Constituição Estadual ou Lei Orgânica do Distrito Federal, ou por ato de agente político nessas entidades

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

**Comentário:**

A forma republicana caracteriza-se pela existência de três Poderes independentes e harmônicos, pela limitação dos mandatos e pela possibilidade de responsabilização dos dirigentes. O regime democrático é aquele cuja fonte do poder é o povo.

- b) direitos da pessoa humana;

**Comentário:**

Estão distribuídos pela Constituição, principalmente nos arts. 5º, 7º e 150.

- c) autonomia municipal;

**Comentário:**

Está assegurada no art. 18, *caput*.

- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

**Comentário:**

Princípio da moralidade administrativa e da publicidade, *caput*, do art. 37.

- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

**Art. 35** - O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

**Comentário:**

Regula a intervenção estadual em Municípios, ou a federal nos Municípios situados em Território Federal. O texto constitucional federal esgota o assunto, não sendo constitucional que os Estados, nas suas Constituições, firmem outras prescrições.

**I** - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

**II** - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

**III** - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

**IV** - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

**Comentário:**

Essa representação será formulada pelo Procurador-Geral de Justiça.

**Art. 36** - A decretação da intervenção dependerá:

**I** - no caso do **art. 34, IV**, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

**Comentário:**

A parte final assegura o princípio da jurisdição nacional.

**II** - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

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

**§ 1º** - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

**Comentário:**

O interventor é figura constitucional e autoridade federal, cujas atribuições dependem do ato interventivo e das instruções que receber da autoridade interventora. A apreciação pelo Congresso envolve julgamento de mérito, da conveniência e da oportunidade.

**§ 2º** - Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

**§ 3º** - Nos casos do **art. 34, VI e VII**, ou do **art. 35, IV**, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

**Comentário:**

Há, assim, hipótese de atuação com base em fundamento interventivo sem apreciação do Legislativo, desde que a medida de suspensão indicada seja suficiente, caso em que nem haverá nomeação de interventor. Se tal suspensão não for bastante, o procedimento será o ordinário.

**§ 4º** - Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

**Comentário:**

São impedimentos a renúncia, o fim do mandato, a extinção ou a cassação desse mandato.

## CAPÍTULO VII DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### SEÇÃO I DISPOSIÇÕES GERAIS

**Art. 37** - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

**Comentário:**

**Controle judicial da conveniência e da oportunidade:** O Superior Tribunal de Justiça decidiu que, na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade (RESP 429570 de 11/11/2003).

**Administração pública direta:** A administração direta é o conjunto dos órgãos que integram as pessoas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas. Abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja a de exercer a atividade administrativa. Na esfera federal, compõe-se, no Poder Executivo, da Presidência da República, composta por órgãos como a Casa Militar, a Casa Civil e a Secretaria de Assuntos Estratégicos, órgãos diretamente subordinados à Presidência, como Advocacia-Geral da União e os Ministérios e suas subdivisões. No Legislativo e no Judiciário, as estruturas são definidas pelos seus regimentos e outros atos internos. Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a composição guarda simetria com o modelo federal.

**Administração pública indireta:** É o conjunto das pessoas administrativas vinculadas à respectiva administração direta, tendo como objetivo desempenhar atividades administrativas de forma descentralizada. Sua composição envolve as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

**Entidades paraestatais:** Hely Lopes Meirelles as entende como sendo as pessoas jurídicas de direito privado (o que exclui as autarquias) que recebam amparo oficial do Poder Público, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as entidades de cooperação governamental ou serviços sociais autônomos, como Sesi, Sesc e Senai. José Cretella Junior entende as entidades paraestatais como sendo as autarquias. Celso Antônio Bandeira de Mello as indica como as pessoas colaboradoras que não se preordenem a fins lucrativos, excluindo, assim, as empresas públicas e sociedades de economia mista. Sérgio de Andrade Ferreira as define como pessoas de direito privado integrantes da administração indireta, excluindo, assim, as autarquias, as fundações de direito público e os serviços sociais autônomos.

**Princípios administrativos:** São os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da administração pública, segundo José dos Santos Carvalho Filho. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado. A partir da opção da Constituição vigente de identificar vários deles, são divididos, atualmente, em princípios expressos e princípios implícitos ou reconhecidos.

**Princípios administrativos expressos:** São assim classificados por estarem expressamente indicados na Constituição Federal. São o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

**Princípio da legalidade:** O princípio da legalidade decorre do art. 5º, II, e significa que a lei deve ser o fundamento de toda a atuação administrativa. Esse princípio, na lição de Hely Lopes Meirelles, implica a subordinação completa do administrador à lei.

O princípio da finalidade não está referido neste art. 37, porque entende-se que estaria ele já inserido no princípio da legalidade, e que as leis que determinam a atuação pública não podem consagrar nenhuma outra finalidade que não o interesse público.

**Princípio da impessoalidade:** O princípio da impessoalidade significa que os atos administrativos são imputáveis não aos funcionários que os praticam, mas ao órgão em nome do qual age o funcionário. Esse entendimento, de Celso Antônio Bandeira de Mello, diverge do de Hely Lopes Meirelles, para quem o princípio da impessoalidade significa que à administração não é lícito atuar em relação a uma ou algumas pessoas identificadamente, devendo sua ação ser dirigida para a coletividade. José dos Santos Carvalho Filho ensina que o princípio da Impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que estejam em

situação de igualdade jurídica. Para que isso ocorra, a administração pública deverá agir exclusivamente para o interesse público, e não para o privado.

**Princípio da moralidade:** O princípio da moralidade tem, para Hauriou, o significado de ser um conjunto de regras de conduta tirado da disciplina interior da administração, sendo que a probidade administrativa é uma forma de moralidade. Impõe que o administrador público não dispensa os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios da conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

**Princípio da publicidade:** O princípio da publicidade significa que o Poder Público deve agir com transparência. A publicidade não é elemento formador do ato, mas requisito de eficácia e moralidade, pelo que o ato válido não dispensa a publicação, nem o ato inválido se convalida com ela. Possibilita aos administrados um controle mais efetivo da ação estatal. A Constituição oferece dois instrumentos básicos para controlar a publicidade administrativa, quais sejam o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a) e as certidões (art. 5º, XXXIV, b), além do *habeas data* (art. 5º, LXXII) e do mandado de segurança (art. 5º, LXIX).

**Princípio da Eficiência:** O conceito do autor Alexandre de Moraes para o princípio da eficiência o coloca como o princípio que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se os desperdícios e a garantir-se maior rentabilidade social. Maria Sylvia Zanella di Pietro salienta que o princípio da eficiência não se sobrepõe ao da legalidade, mas está nivelado a ele e aos demais que norteiam a administração pública. Para José Eduardo Martins Cardozo, a Administração estará sendo eficiente se aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível (ação instrumental eficiente), visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja (resultado final eficiente). Alexandre de Moraes enumera as características do princípio da eficiência: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população (e isso aparece claramente na nova redação do art. 37, § 3º), eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

**Alteração por emenda:** A Emenda Constitucional nº 19/98 fez duas alterações na redação deste dispositivo. A primeira é a supressão da administração fundacional já que essa se encontra incluída na administração indireta, sendo desnecessária, e tecnicamente errada, a sua permanência à parte, como estava na redação original. A segunda é a inclusão do princípio da eficiência, o que deverá impor ao serviço público, na administração direta e indireta, o dever de trabalhar com produtividade, economicidade, eficiência, prestação e competência.

**Princípio da finalidade:** O princípio da finalidade não está referido nesse art. 37, porque entende-se que estaria ele já inserido no princípio da legalidade, e que as leis que determinam a atuação pública não podem consagrar nenhuma outra finalidade que não o interesse público.

**Princípios reconhecidos:** São princípios não-expressos na Constituição, mas identificados e aceitos pela doutrina administrativista. São o da supremacia do interesse público, da autotutela, da indisponibilidade, da continuidade dos serviços públicos.

**Princípio da Supremacia do Interesse Público:** Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de um interesse estatal imediato, o fim último da sua ação deve ser voltado para o interesse público. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social como um todo. Cuida-se, assim, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

**Princípio da autotutela:** Consiste na obrigação de a administração rever seus atos, quando evitados de erro, devendo, portanto, restaurar a legalidade e a regularidade de sua ação. A administração, para essa ação, não precisa ser provocada, podendo fazê-lo de ofício, segundo já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas nº 346 e 473.

**Princípio da indisponibilidade:** Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, cabendo-lhes apenas geri-los e conservá-los. Por esse princípio, a Administração não tem a livre disposição de bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros.

**Princípio da continuidade dos serviços públicos:** Impede a interrupção dos serviços públicos e o conseqüente prejuízo nos interesses dos administrados. A imposição de limites à greve dos servidores públicos (art. 37, VII) é reflexo da aplicação destes princípios.

**Princípio da razoabilidade:** Lucia Valle Figueiredo ensina que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Esse princípio, portanto, impõe à conduta da administração pública o atrelamento a parâmetros de aceitabilidade dessa ação estatal. Tem-se, aqui, um aprofundamento do princípio da legalidade, pois ações permitidas pela lei podem não ser razoáveis, e, mesmo, a própria atitude de legislar e a forma de legislar podem ser lesivos à razoabilidade.

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

#### **Comentário:**

**Cargo público:** É o lugar dentro da organização funcional da Administração direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixada em lei ou diploma a ela equivalente, segundo José dos Santos Carvalho Filho. Diógenes Gasparini o define como o menor centro hierarquizado de competência da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou por resolução, com denominação própria e número certo. Os cargos públicos podem ser vitalícios, efetivos e em comissão.

**Cargo vitalício:** Oferecem maior garantia de permanência ao seu ocupante. A perda do cargo depende de decisão judicial, não sendo passível, portanto, dessa sanção a partir de processo administrativo. São vitalícios os cargos no Judiciário (no primeiro grau, após dois anos, segundo o art. 95, I), de membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, a) e nos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º).

**Cargo efetivo:** revestem-se de caráter de permanência, e admitem sua perda a partir de processo administrativo ou judicial, constituindo a grande maioria dos cargos na Administração direta.

**Cargo em comissão:** São de ocupação transitória, cujos ocupantes são nomeados e exonerados *ad nutum*, ou seja, a critério da autoridade competente.

**Função pública:** É a atividade em si mesma, ou seja, ainda na lição de Carvalho Filho, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.

**Emprego público:** É o lugar na organização funcional ocupado por empregado público, ou seja, por agente sob regime trabalhista, na Administração indireta.

**Acessibilidade:** Os cargos públicos são acessíveis aos brasileiros, natos e naturalizados, e aos estrangeiros, segundo a redação dada pela Emenda 19.

**Exceções à acessibilidade:** Os cargos referidos no art. 12, § 3º, são privativos de brasileiros natos. Lei ordinária vai definir outras situações, cujos cargos serão acessíveis a estrangeiros, nos termos deste dispositivo.

**Professores, técnicos e cientistas:** A nova redação do art. 207, § 1º, imposta pela Emenda Constitucional nº 11/96, possibilita a contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros por universidades.

**Lei:** A "lei" de que trata a parte final do dispositivo é elaborada pela entidade política titular do cargo, emprego ou função pública, dada a autonomia que lhes é assegurada nesta matéria, no art. 18, *caput* e no *caput* deste art. 37. Segundo Diógenes Gasparini, a lei em apreço é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, c) em relação a cargos, empregos e funções nesse Poder. Será, no entanto, resolução quando se tratar de criação de cargo do serviço administrativo da Câmara dos Deputados (art. 51, IV) e do Senado Federal (art. 52, XIII); lei de iniciativa da presidência do Tribunal, quando se tratar do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar (art. 96, 11, b); lei de iniciativa do Tribunal de Contas da União, pelo seu Presidente, para cargos nesse tribunal administrativo (art. 73, parte final, combinado com o art. 96, 11, b); lei de iniciativa do Procurador-Geral, quando se tratar de cargos no Ministério Público (art. 127, § 2º).

**Acesso a estrangeiros:** A nova redação consignada pela Emenda Constitucional nº 19 permite que, nos casos e na forma de lei que virá a ser editada, também os estrangeiros tenham acesso a cargos, empregos e funções públicas, por concurso público. Essa possibilidade de acesso do estrangeiro a cargo público no Brasil, que já existia nas Constituições brasileiras de 1946 e de 1967/69, vem ficar harmônica com a prescrição do art. 5º, XIII, que consagra o direito fundamental no Brasil, a qualquer pessoa, a uma profissão, arte ou ofício e também à liberdade de trabalho. Trata-se, aqui, de uma norma constitucional de eficácia limitada. Na classificação de José Afonso da Silva, pode depender, para sua aplicabilidade, da elaboração da lei requerida, regulamentadora desse acesso. Obviamente, as carreiras privativas de brasileiros natos (art. 12, § 3º) e cargos estratégicos estarão excluídos dessa possibilidade de provimento por estrangeiros.

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

#### **Comentário:**

**Eleição para dirigente de escola pública:** O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual que previa a participação da comunidade escolar nas eleições diretas para a direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público (ADI 2997, de 29/10/2003).

**Concurso público:** É procedimento administrativo que tem por finalidade aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargo ou emprego público. Esse procedimento é informado pelos princípios da publicidade, isonomia, seletividade, competitividade e eficiência, a partir dos quais o Poder Público chega às pessoas intelectual, profissional e emocionalmente mais aptas para ocupar/exercer funções públicas. Pode ser realizado a partir de provas, apenas, ou de provas e títulos.

**Formas inconstitucionais de concurso público:** Os concursos públicos de títulos são inconstitucionais, por incompatíveis com as exigências dos princípios que regem esses certames.

**Concurso público interno:** É o processo seletivo realizado com limitação de participação de candidatos, os quais deverão preencher certas condições restritivas. Na ordem constitucional atual, os concursos internos são constitucionais apenas se utilizados para preencher cargos de classes intermediárias ou de final de carreira, não podendo, em nenhuma hipótese, ser instrumento de provimento de cargo inicial de carreira, nem de mudança de carreira. Os concursos internos são constitucionais, segundo já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça (ROMS 2782, de 1993, dentre outros), para fins de realização de processo seletivo interno e processos de aperfeiçoamento funcional, mas não podem, sob pena de inconstitucionalidade, prover inicialmente uma carreira, servindo apenas para a evolução nessa, por promoção, por exemplo.

**Natureza e complexidade do cargo:** O nível de exigência do concurso público passou a ser, com a Emenda 19, variável com a natureza e a complexidade do cargo ou função em disputa. Essa adaptação não poderá, contudo, conduzir a tamanha simplificação do certame, para cargos menos complexos, a ponto de abolir a seletividade e a competitividade, já que o princípio do concurso público não pode ser abolido, mas apenas adaptado.

**Provimento derivado vertical:** Esse inciso extingue as formas de provimento derivado vertical que impliquem mudança de carreira, como a ascensão, o reenquadramento, a transformação e o acesso. A promoção é constitucional, desde que não conduza o servidor para carreira diferente daquela que ocupe, ou para cargo de atribuições ou remuneração expressivamente diferentes do anteriormente ocupado.

**Provedimentos derivados horizontais:** Os provedimentos derivados horizontais, como a readaptação, e por reingresso, como a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução, permanecem constitucionais.

**Estatais:** Nas estatais, o concurso público tem o significado de processo seletivo, na forma dos respectivos regulamentos internos, sendo necessário que haja, porém, e necessariamente, competição e igualdade. Nesse sentido, o STF já entendeu que mesmo as estatais referidas no art. 173, § 1º, estão sujeitas a processo seletivo, que deve ser público.

**Falsos cargos em comissão:** O Supremo Tribunal Federal julgou que a criação de cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com a praxe configura inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso público. Por este inciso, também as transposições, sob qualquer fundamento, estão inconstitucionais. (ADIMC 1269, de 26/5/1995, e ADIMC 1141, de 10/10/1994)

**Diferenciação por sexo cidade:** Diferenciações com base em idade e sexo, principalmente, são, de regra, inconstitucionais por ferir o art. 7º, XXX, a não ser que o órgão que esteja realizando o concurso público demonstre que as funções do cargo excluem pessoas de determinadas faixas de idade.

**Obrigatoriedade:** Ensina Diógenes Gasparini que o concurso público é obrigatório para a seleção dos servidores da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública).

**Dispensa de concurso público:** O concurso público é dispensado para o provimento de cargos em comissão (art. 37, II), contratação de agentes temporários (art. 37, IX) e aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (ADCT, art. 53, 1).

**Psicotécnico por entrevista:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que entrevista carente de rigor científico em exame psicotécnico é desautorizada pelo Poder Judiciário, por ilegalidade (RE 112676, de 17/11/1987)

**Direito do aprovado em concurso:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, a aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, constituindo mera expectativa de direito (RE 116044, de 8/11/1988)

**Julgamento sigiloso de candidato:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional o julgamento sigiloso do candidato em concurso público, com base em sua conduta pública e privada, por ofensa ao princípio do amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) (RE 125556)

**Provimento derivado:** O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público para as diferentes formas de provimento derivado de cargo que não decorrente de promoção, institutos, dentre outros, como o da ascensão funcional e o da transformação de cargos (RE 157538, de 22/6/1993)

**Ingresso em carreira diversa:** Segundo o Supremo Tribunal Federal (ADI 23 I, de 5/8/1992), estão banidas, na atual ordem constitucional, a ascensão e a transferência, bem como o aproveitamento, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso público. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na mesma linha, decidiu que, sem concurso público, o servidor não pode ter acesso a cargo de natureza diversa da que se encontra. (AC 119025, de 19/5/1993)

**Discriminação por idade:** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou no sentido de que a norma constitucional proíbe o tratamento discriminatório em razão da idade, para efeito de ingresso no serviço público. Não se reveste ela, contudo, de caráter absoluto, sendo legítima quando a estipulação etária decorrer da natureza e do conteúdo ocupacional do cargo público a ser provido (RMS 21045, de 29/3/1994). O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, decidiu que o limite de idade ofende a igualdade perante a lei (art. 5º, caput) e a legalidade, por falta de razoável amparo jurídico, quando a limitação etária não é indispensável para o bom cumprimento da função a ser exercida (RESP 11905, de 19/8/1991)

**Prática forense:** O Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconheceu ser perfeitamente constitucional a exigência, no edital, de um mínimo de dois anos de graduação para o bacharel em Direito (AM S 05049704, de 6/12/1996)

**Restrição a servidor público:** O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o concurso público não pode ser restrito aos que já são titulares de algum cargo de qualquer forma vinculado ao serviço público (AC 119025, de 19/5/1993)

**Discriminação por sexo:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, a regra constitucional direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão, considerando-se o sexo. A exceção corre à conta das exceções aceitáveis, tendo em vista a ordem socioconstitucional (RE 120305, de 8/9/1994)

**Levantamento ético-social:** O levantamento ético-social de candidato em concurso público dispensa o contraditório, não se podendo cogitar quer da existência de litígio, quer da acusação que vise determinada sanção.

**Aproveitamento em cargo de outra entidade federativa:** O Supremo Tribunal Federal tem repellido, por ser incompatíveis com o texto da Lei Fundamental, as normas legais que, independentemente de concurso público, possibilitam o aproveitamento, nos quadros funcionais de entidade federada diversa (como um Estado ou Município), de servidor ocupante de cargo em outra pessoa política (União, Estado, Distrito Federal ou Município). (ADIMC 980, de 3/2/1994)

**Habilitação para segunda fase de concurso:** O Superior Tribunal de Justiça decidiu que é legítimo o critério estabelecido em edital que subordina a correção de certa prova em concurso público não somente à habilitação mas também ao posicionamento do candidato na prova antecedente, de caráter eliminatório, não existindo, aí, qualquer afronta ao princípio da isonomia (MS 346, de 28/6/1990)

**De agente para delegado:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, os ocupantes de cargos na Polícia Civil não podem ser "transformados" para o cargo de delegado de polícia sem que essa investidura seja necessariamente precedida de aprovação em concurso público. (ADIMC 1254, de 14/6/1995)

**Cargos em comissão artificiosos:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que somente os cargos que pressuponham o vínculo da confiança, a autorizar sua livre nomeação e exoneração, é que podem ser instituídos em comissão. O contrário caracteriza criação artificiosa, contaminada por inconstitucionalidade. A exigência de concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária



de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo da confiança. (ADIMC 1296, de 26/5/1995)

**Excessiva atribuição de pontos em prova de títulos:** A excessiva atribuição de pontos em prova de títulos deforma, de maneira oblíqua, mas eficaz, o princípio do concurso público, a ponto de fraudar o preceito constitucional do concurso público, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (ADIMC 598, de 11/12/1991)

**Concurso e princípios administrativos:** O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o postulado constitucional do concurso público é cláusula integralizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade na Administração Pública. (ADIMC 637, de 19/3/1992)

**Transformação de cargos:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, a transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização de concurso público de provas ou provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido. (ADI 248, de 18/11/1993)

**Cargos isolados e cargos de carreira:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que o critério do mérito aferível pelo concurso público de provas ou provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a promoção (ADI 231, de 5/8/1992)

**Autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que as autarquias, empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas à regra do concurso público, que envolve a Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (MS 21322, de 3/12/1992)

**Curso de formação:** O Supremo Tribunal decidiu que não há ilegalidade na exigência editalícia de condicionar a nomeação do candidato aprovado em concurso público à aprovação no curso de formação, condição que mantém o tratamento isonômico entre os candidatos. (RMS 23743, de 6/11,2001)

**Altura mínima:** A exigência de altura mínima para determinados cargos é razoável, segundo o Supremo Tribunal Federal, devendo ser analisada a natureza do cargo a ser exercido. (RE 140889, de 30/5/2000). O Supremo Tribunal Federal decidiu ser desarrazoada a exigência de altura mínima para preenchimento de cargo público quando as funções forem eminentemente burocráticas, tornando irrelevante o porte físico. (RE 150455, de 11/9/2001)

**Transposição de cargos:** O STF decidiu que a transposição de cargos sem que seja precedida de concurso público é inconstitucional, por configurar ofensa ao princípio do concurso, firmado no art. 37, 11. (ADI 1230, de 21/6/2001)

**Limite de idade e lei:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que o estabelecimento de limite mínimo de idade para inscrição em concurso público exige a expressa previsão em lei, não bastando a referência no edital. (RE 182432, de 5/3/2002)

**Capacitação moral:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pelo descabimento da desqualificação de candidato na prova de capacitação moral, contra o qual havia condenação pelo delito de falsidade ideológica, já atingido pela prescrição. (RE 212198, de 14/8/2001)

**Provimento por progressão funcional:** O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal que previa o provimento de vagas na carreira de nível superior da Polícia Civil do DF por progressão funcional de categorias de nível médio. (ADI 960, de 6/2/2003)

**Participação em concurso *sub judice* e direito à nomeação:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que a participação e aprovação de candidato em etapa de concurso público em decorrência de concessão de liminar não gera direito à nomeação. (RMS 23813, de 21/8/2001)

**Provimento de cargo público por ascensão:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que previa o provimento de cargos públicos vagos por ascensão, por contrariedade à exigência de concurso público. (ADI 1345, de 20/3/2003)

**Provimento por transposição:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo de resolução de Assembléia Legislativa que previa que somente haveria concurso público para preencher cargos no Poder Legislativo se não houvessem funcionários habilitados para tal provimento. Para o STF, essa transposição funcional é inconstitucional em face da imposição de concurso público. (ADI 1222, de 6/2/2003)

**Direito à nomeação em concurso público:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade de assegurar-se a nomeação de candidatos aprovados em concurso público para o cargo de professor assistente de determinada Universidade, por considerar que, no caso concreto, ficara comprovada a necessidade da Administração no preenchimento das vagas, haja vista que a Universidade contratara, no prazo de validade do concurso, dois professores para exercerem o mesmo cargo, sob o regime trabalhista - sendo um deles candidato aprovado do mesmo concurso. (RE 273605, de 23/4/2002)

**Regionalização de concurso público:** O Supremo Tribunal Federal decidiu que, em edital de concurso público, é válida a fixação de critérios de concorrência em caráter regional e em área de especialização. (RMS 23259, de 25/3/2003)

**Participação *sub judice* em concurso:** Segundo o Supremo Tribunal Federal, candidato que fora reprovado em exame psicotécnico - mas que participara com êxito das demais etapas de concurso público em virtude de ter a seu favor liminar em mandado de segurança - não pode alegar a quebra da ordem classificatória para nomeação dos candidatos. Entendeu-se que o recorrente, pela circunstância de se encontrar em situação provisória, só terá direito à nomeação, segundo a ordem de sua classificação, se essa situação condicional se tornar definitiva, com a confirmação da liminar por sentença que venha a transitar em julgado. (RMS 23820, de 1º/4/2003)

**Transferência de servidor entre Poderes:** O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de artigo de Constituição Estadual que assegurava aos servidores públicos civis o direito à transferência para quadro de pessoal de outro Poder, mediante concordância entre os Poderes interessados. A Corte entendeu que esse dispositivo ofende o princípio do concurso público (ADI 1329, de 20/8/2003).

**Policial civil bacharel e Delegado:** Por ofensa ao art. 37, II, da CF/88, que determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade do art. 23 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, na redação dada pela EC estadual nº 45/2000, que permitia o ingresso de policiais civis bacharéis em Direito, que prestassem serviço como Delegado Especial de Polícia, no quadro efetivo de delegado de carreira (ADI 2939, de 19/2/2004).

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

**Comentário:**

A Administração pode fixar qualquer prazo inicial para o concurso público, até dois anos, contados, segundo Diógenes Gasparini, da abertura do certame. Se o edital nada disser sobre o prazo, presume-se que é fixado pelo teto. A renovação, única, deverá ser no máximo pelo prazo inicialmente determinado (se um ano, por outro; se dois meses, por outros dois meses), segundo a lição dominante na doutrina, com a qual não concordamos, já que a renovação se assenta na discricionariedade do administrador público, reconhecendo, não obstante, que não é essa obra o local próprio para discutir essa tese.

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

**Comentário:**

Por isso, não é proibida a abertura de novos concursos dentro do prazo de validade de outros, mesmo que ainda haja candidato aprovado. A Constituição apenas proíbe que os aprovados no novo certame sejam convocados antes dos habilitados pelo anterior, durante o prazo de validade daquele.

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

**Comentário:**

A redação da Emenda Constitucional nº 19 veio eliminar o aconselhamento contido na redação original da Constituição, onde se dizia que os cargos em comissão e as funções de confiança seriam exercidos, "preferencialmente", por servidores de carreira, previsão essa que reconhecemos inócua

nas edições anteriores deste livro. A nova redação dada pela Emenda citada, tecnicamente superior à anterior, estabelece que as funções de confiança são exclusivas de servidores de carreira; em outra passagem, separando os tipos que não deveriam estar juntos, prevê que os cargos de provimento em comissão destinem-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, no que anda bem, já que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, e a partir dele outros Tribunais, que não é qualquer cargo que pode ser provido em comissão, mesmo que assim esteja previsto em lei, sendo que somente se admite essa forma de provimento para cargos com determinadas atribuições, as quais são, em síntese, as contidas na nova redação deste dispositivo. Ainda, é determinado que os cargos em comissão serão ocupados por um mínimo de servidores de carreira, percentual esse que deverá ser fixado em lei. As vagas restantes são de provimento livre.

**VI** - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

**Comentário:**

Mas não ao servidor público militar, segundo o art. 42, § 5°.

**VII** - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

**Comentário:**

Tem-se aqui norma de eficácia limitada, segundo resultou do julgamento, pelo STF, do Mandado de Injunção n° 20. Segundo o entendimento do STF, justamente após o advento dessa lei, que até a Emenda n° 19/98 era complementar, será lícito ao servidor fazer greve, mas o STJ, julgando o Mandado de Segurança n° 2.677, afirmou o contrário, reconhecendo o direito à greve sem que se exija a lei complementar referida, cuja ausência será suprida pelos princípios jurídicos e pela legislação que disciplinar a matéria. Desse choque de orientações jurisprudenciais prevalece a do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição que é, nos termos do art. 102, caput. Com o advento da Emenda à Constituição n° 19, esse assunto deixa de ser objeto de lei complementar, passando a ser objeto de lei ordinária específica, embora a alteração não modifique em nada a jurisprudência citada, permanecendo, portanto, a condição de eficácia do dispositivo na mesma situação em que antes estava. Parece-nos não ter razão a corrente doutrinária que alega que, por conta dessa alteração de lei complementar para lei ordinária, a greve de servidores poderá ser tratada por medida provisória. Isso não é possível em face do que consta no art. 246 da Constituição, que impede o uso da medida provisória para regular artigo alterado por emenda à Constituição a partir de 1995.

**VIII** - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

**Comentário:**

A lei, contudo, não poderá dispensar os deficientes do concurso público.

**IX** - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

**Comentário:**

Deverão ser atendidos, nesses casos, os princípios da razoabilidade e da moralidade. O contratado sob este fundamento não é beneficiado nem pode reivindicar qual quer direito à permanência no serviço público, sendo impositiva, para isso, a submissão ao concurso público de provas ou provas e títulos. Segundo o Supremo Tribunal Federal, medida provisória poderá criar essas hipóteses de contratação por tempo determinado, já que são tipos normativos dotados de força de lei (art. 62). Cumpre observar que essa "lei" de que trata o dispositivo é a da entidade contratante (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), de acordo com o caso.

**X** - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4° do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

**Comentário:**

Com a remoção da paridade de reajustes remuneratórios entre servidores públicos civis e militares (a expressão "servidores públicos militares" desapareceu, passando a ser, a partir da Emenda Constitucional n° 18, apenas "militares"), operada pela Emenda à Constituição, ficou regido, nesse

dispositivo, apenas a remuneração dos servidores civis e dos agentes públicos citados no art. 39, § 4°. A fixação (o estabelecimento da remuneração inicial) e os reajustes exigem, para todos, lei específica, de acordo com a reserva de iniciativa privativa dos respectivos projetos. E firmada também, constitucionalmente, a obrigação de revisão geral anual de remuneração. Alexandre de Moraes alerta para a grande inovação introduzida pela Emenda nº 19, qual seja o princípio da periodicidade (garantia constitucional de, pelo menos, uma revisão geral anual de remuneração). A importância da novidade é sentida por decisões do STF, anteriores à EC nº 19, quando aquela Corte negou aos servidores o direito de reajuste ou revisão remuneratória em virtude da inexistência, na Constituição, de qualquer dispositivo que lhes desse uma data-base. Com a nova redação, o servidor passa a ter direito constitucional a essa revisão geral anual.

**XI** - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

#### **Comentário:**

A nova redação, imposta pela Emenda Constitucional nº 19, mudou drasticamente o tratamento anterior da matéria. A remuneração máxima de servidores públicos, empregados públicos e agentes políticos deixa de ser diferenciada por Poder e passa a ter um único referencial, que é a percebida por Ministro do Supremo Tribunal Federal, possivelmente agregada da verba devida pelo exercício temporário e concomitante de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, já que a eliminação dessa parcela implicaria redução inconstitucional de subsídios. A esse teto estão sujeitos todos os agentes públicos da administração direta, autárquica e fundacional - com exclusão, portanto, da administração indireta, a não ser que as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias recebam recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, segundo o § 9º deste art. 37, quando então passam, também elas, a estar sujeitas a este teto constitucional - dos três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Também estão incluídos os detentores de mandato eletivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos, Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, e Vereadores). A esse teto também estão sujeitos os proventos e pensões, para incluir os inativos e pensionistas, além de qualquer "outra espécie remuneratória", tenha o nome que tiver. Finalmente, para afastar a incidência de entendimento consagrado pelo STF, pelas suas duas Turmas, o novo texto dispõe, expressamente, que, para aferição da remuneração máxima, serão consideradas, também, as vantagens pessoais ou de qualquer natureza.

Este teto remuneratório será fixado por lei ordinária federal, cuja iniciativa, de acordo com o art. 48, XV, incumbe conjuntamente aos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Por decisão administrativa do STF, proferida em junho de 1998, esse dispositivo é uma norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei ordinária estabelecidora dos subsídios de Ministro do STF como teto nacional, sem a qual essa prescrição não tem aplicabilidade, e prevalecem os tetos diferenciados para os três Poderes, de acordo com a redação antiga do inciso XI. Até janeiro de 1999, quando estes comentários foram redigidos, a lei fixadora do valor referido continuava tramitando no Congresso Nacional.

**XII** - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

#### **Comentário:**

Princípio da isonomia, segundo o qual a cargos de atribuições iguais ou assemelhadas deve ser paga remuneração igual.

**XIII** - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

**Comentário:**

Diz o STF que no conceito de vinculação de vencimentos está ínsita a idéia de automatismo nas modificações da retribuição dos cargos ou empregos públicos, de modo a acarretar o aumento ou redução de todos os que estão ligados ao cargo paradigma, toda vez que a remuneração deste é alterada. Equiparação e a comparação de cargos com denominação e atribuições diferentes, mas que se quer considerar iguais para fins remuneratórios. Com a redação imposta pela Emenda Constitucional n° 19, a proibição passa a ser geral, sem exceções, eliminando-se assim a possibilidade de atingimento artificial do teto remuneratório e o acréscimo por concessão de isonomia. A Emenda, ainda, adequou tecnicamente a redação, que passou de "vencimentos", apenas, para "espécies remuneratórias", onde se incluem vencimentos, subsídios e proventos, dentre outros.

**XIV** - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

**Comentário:**

Evita-se, com isso, o chamado "efeito cascata" ou "efeito-repicão", pelo qual um reajuste incide sobre a remuneração já reajustada por outro reajuste. A redação da Emenda Constitucional n° 19 eliminou a ressalva final da redação original, onde se limitava a proibição à concessão de acréscimos pecuniários "sob o mesmo título ou idêntico fundamento". Com a eliminação, a redação ficou mais ampla e mais técnica, para atingir quaisquer acréscimos pecuniários reincidentes, a qualquer título.

**XV** - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos **incisos XI e XIV** deste artigo e nos **arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I**;

**Comentário:**

A redação nova dada pela Emenda Constitucional n° 18 elimina a referência que se fazia aos vencimentos dos servidores públicos civis e militares, com a supressão destes últimos. Com isso, a regência imposta pelo inciso em comento passa a valer apenas para os servidores civis. A consequência, óbvia, é a querida e buscada pela própria Emenda n° 18: a instauração de regime constitucional especial para os servidores públicos militares, federais e estaduais, os quais, inclusive, em virtude das alterações abaixo, deixam de ser servidores públicos para serem, de ora em diante, classificados apenas como "militares". A Emenda n° 19 tornou os subsídios (de agentes políticos) e os vencimentos (de servidor e empregado públicos), em regra, irredutíveis, mas admitindo, excepcionalmente, redução, para se enquadrar no teto máximo fixado pelo inciso XI ou para a eliminação de acréscimos pecuniários reincidentes. O Supremo Tribunal Federal, a propósito da irredutibilidade, já decidiu que essa é jurídica ou nominal, e não confere ao servidor direito à atualização monetária.

**XVI** - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no **inciso XI**:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

**Comentário:**

Para Joaquim Castro Aguiar, os cargos para cujo exercício se exija diploma de curso superior são considerados técnicos ou científicos para efeito de acumulação.

- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

**Comentário:**

Não se exige mais a correlação de matérias para fins de análise da acumulabilidade. Além disso, em acórdão recente, o Supremo Tribunal Federal vedou a acumulação, por aposentado, de novo cargo público obtido por concurso público com outro, no qual se deu a aposentadoria, se tais cargos forem inacumuláveis. Além dos casos deste inciso, a Constituição também permite a acumulação de cargo de juiz com professor (art. 95, parágrafo único, I), de membro do Ministério Público com

professor (art. 128, § 5º, II, d) e, excepcionalmente, de dois cargos de profissional de saúde, que à época da promulgação da atual CF já estivessem sendo acumulados, mesmo que irregularmente (ADCT, art. 17, § 2º). A Emenda à Constituição nº 19 corrigiu, neste dispositivo, a má pontuação da redação original, com a inserção de vírgula após a palavra "exceto", no inciso, e também de vírgula após a expressão "com outro", na alínea b, já que, no primeiro caso, temos oração intercalada, explicativa, e, no segundo, elipse do substantivo "cargo". Outra importante alteração imposta pela Emenda nº 19 foi a sujeição das remunerações acumuladas ao teto constitucional previsto no inciso XI, ou seja, o total financeiro percebido pelo servidor que acumula, constitucionalmente, não poderá exceder o valor dos subsídios de Ministro do STF. Quanto à acumulação de remuneração da ativa com proventos da aposentadoria, o STF já decidiu que isso só é possível se os cargos forem acumuláveis na ativa.

**XVII** - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

**Comentário:**

Inciso que alarga expressivamente a regra da inacumulabilidade, para abranger também a Administração indireta. A nova redação deste dispositivo, imposta pela Emenda Constitucional nº 19, veio alargar ainda mais o âmbito da inacumulabilidade, para incluir nas regras, também, cargos nas subsidiárias de entidades da Administração indireta e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. A Emenda Constitucional nº 19 também estendeu a inacumulabilidade a subsidiárias e empresas controladas, mesmo que indiretamente, pelo Poder Público, eliminando uma brecha normativa que até então se verificava.

**XVIII** - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

**Comentário:**

Inciso que assegura privilégio interno, administrativo, aos servidores da Fazenda e aos demais que exerçam atividades a ela ligadas.

**XIX** - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

**Comentário:**

Este inciso impõe o princípio da legalidade estrita, ou seja, apenas lei, não qualquer ato a ela assemelhado, como a medida provisória (art. 62) pode criar qualquer das entidades referidas. Com a Emenda Constitucional nº 19, recuperou-se a melhor técnica jurídica para a matéria, já que a lei não é, nem nunca foi, apta a criar sociedade de economia mista ou empresa pública, cuja instituição depende de procedimento de registro de pessoa jurídica em junta comercial. Com a nova redação, a lei, desde que específica, poderá criar apenas autarquia. Quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, a lei apenas poderá autorizar o registro de pessoa jurídica no órgão competente. Lei complementar deverá, no caso de fundação, estabelecer em quais áreas sua intervenção é possível. Na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a Emenda nº 19 "corrigiu uma falha do art. 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de Direito Privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não cria a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas autoriza a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público".

**XX** - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no **inciso anterior**, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

**Comentário:**

A primeira conclusão que se impõe é a de que, para criar subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, não se poderá usar lei. Se isso fosse possível, a redação seria tão clara quanto é a do inciso anterior, onde se fala de "lei". Mas, não. Aqui, o que se exige, é uma

autorização legislativa, que, por ser autorização, pressupõe um pedido, e que será uma manifestação do Legislativo diferente de lei, assumindo a forma de decreto legislativo. É importante ressaltar, contudo, que há opiniões divergentes na doutrina brasileira especializada, estabelecendo que, também para a criação de subsidiárias, será necessária lei, do tipo autorizativo. Algumas importantes bancas de concursos públicos estão seguindo essa orientação na elaboração de suas provas.

**XXI** - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

**Comentário:**

Neste inciso está o princípio da licitação. A ressalva inicial do inciso possibilita à lei definir hipóteses específicas de inexigibilidade e dispensa de licitação. O comando da igualdade de condições a todos os concorrentes preserva o princípio da moralidade administrativa. A exigência de cláusulas sobre pagamento que mantenham as condições efetivas da proposta visa a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

**XXII** - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

**§ 1º** - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

**Comentário:**

Expressão do princípio da impessoalidade administrativa. Qualquer sinal indicativo, frase, palavra ou o que quer que seja que leve à identificação pessoa que exerça atividade pública é inconstitucional. Note que nada se fala quanto à possibilidade de identificação de entidade, como partido político, por exemplo, que, por isso, poderá ser feita, a princípio.

**§ 2º** - A não-observância do disposto nos **incisos II e III** implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

**Comentário:**

O que se pune aqui é a inobservância dos princípios referentes ao concurso público. A nulidade do ato não está condicionada a um determinado tempo, pelo que poderá ser reconhecida e declarada a qualquer momento.

**§ 3º** - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

**I** - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

**II** - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no **art. 5º, X e XXXIII**;

**III** - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 alterou completamente a redação do parágrafo. Ao invés de se remeter à lei unicamente a preocupação de disciplinar o trato jurídico das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos - sujeita, lembre-se, pela nova redação do caput deste art. 37, também ao princípio da eficiência - a lei terá agora o conteúdo especificado, mais amplo e completo que o

anterior, prevendo, inclusive, no inciso III, a possibilidade de representação contra o exercício abusivo ou negligente do cargo, emprego ou função.

**§ 4º** - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

**Comentário:**

São identificadas sanções administrativas e civis, estas para assegurar a reparação do dano causado ao erário.

**§ 5º** - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

**Comentário:**

Princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos. As prescrições correm a favor do agente causador do prejuízo. A administração não está a ela vinculada para declarar o ato nulo.

**§ 6º** - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

**Comentário:**

Princípio da ampla responsabilidade, que consagra a teoria do risco administrativo. Alcança permissionárias, concessionárias e autorizadas, mas não se aplica no caso de o Estado ter transferido o serviço com ônus e vantagens ao particular. A expressão "agente" abrange todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. Não são alcançados os atos predatórios de terceiros ou eventos naturais, como enchentes. O direito de regresso é a ação regressiva, através da qual o Poder Público cobrará do seu agente o valor que houver gasto para indenizar o particular. A única hipótese de a administração não indenizar, ou indenizar menos, ocorrerá no caso de ela provar a culpa ou dolo do particular, sendo que o ônus da prova é da própria administração, e não mais do particular.

**§ 7º** - A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

**Comentário:**

Parágrafo novo em relação à redação original da Constituição, que foi trazido pela Emenda à Constituição nº 19. Seu conteúdo, claro, determina que lei ordinária estabelecerá condições especiais para a ocupação de cargo de onde seu ocupante tenha acesso a informação privilegiada. Um dos objetivos foi, sem dúvida, os cargos de direção ou chefia superior no Banco Central e no Ministério e secretarias da área econômica.

**§ 8º** - A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I - o prazo de duração do contrato;
- II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, e obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III - a remuneração do pessoal.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 possibilita, aqui, a existência de contratos de gestão na Administração direta e indireta, condicionadores e vinculadores da atuação do órgão ou entidade. As metas de desempenho deverão ser atingidas, e com elas a maior eficiência na prestação dos serviços públicos típicos e atípicos. Note-se que a remuneração de pessoal poderá, também, ter trato diferenciado em relação às regras gerais, o que parece francamente voltado às entidades da



Administração indireta, como sociedades de economia mista e empresas públicas, que poderão pagar a seus empregados valores superiores aos fixados como parâmetro pela própria Constituição, sob a alegação de que precisam captar, no mercado, os melhores profissionais, aos quais empresas privadas pagam mais do que o teto do serviço público.

Segundo Alexandre de Moraes, contrato de gestão é o avençado entre o Poder Público e determinada empresa estatal, fixando-se um plano de metas para essa, ao mesmo tempo em que aquele se compromete a assegurar maior autonomia e liberdade gerencial, orçamentária e financeira ao contratado na consecução de seus objetivos. Adalberto Fischmann, citado pelo mesmo autor, ensina que o contrato de gestão, ou acordo-programa, é um mecanismo por meio do qual a administração estabelece um plano de ações e de resultados a atingir, comprometendo-se a assegurar liberdade e autonomia ao contratado para o desempenho de suas funções.

O mesmo Alexandre de Moraes faz importante advertência ao lembrar que a implantação e implementação do contrato de gestão está subordinado, principalmente, ao princípio da legalidade.

**§ 9º** - O disposto no **inciso XI** aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 expressamente determina que o teto geral imposto pelo inciso XI - remuneração de Ministro do STF - seja também aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista que recebam recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou custeio. As verbas de investimento estão, portanto, fora da previsão. Essa disposição amplia o leque dos submetidos ao teto remuneratório, liberando a fixação dos valores de remuneração apenas nas empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que mantenham suas folhas de pagamento com recursos próprios.

**§ 10º** É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

**Comentário:**

A acumulabilidade de proventos com remuneração passa a ser exceção. A redação incorpora à Constituição orientação já expedida pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência, segundo a qual somente são acumuláveis provento e remuneração se os cargos respectivos forem acumuláveis na ativa. Detentor de mandato eletivo e ocupante de cargos comissionados podem acumular os subsídios e a remuneração, respectivamente, com os proventos, mas estão sujeitos ao teto constitucional do inciso XI deste artigo, segundo o § 11 do art. 40 desta Constituição, também introduzido pela EC nº 20/98.

**§ 11** Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.

**§ 12** Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

**Art. 38** - Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do **inciso anterior**;

**IV** - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

**V** - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional n° 19 especificou que essa disposição somente se refere ao servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional, eliminando a possibilidade de eventuais distorções do critério para considerar a expressão em seu sentido mais extenso, o que, embora em franco desuso, e longe da melhor técnica, poderia ser tentado para impor interpretações mais criativas da previsão constitucional.

## **SEÇÃO II DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

**Comentário:**

A alteração, de "servidores públicos civis" para servidores públicos", visa a fixar o abandono da condição constitucional de servidor público pelo militar. Servidor público, agora, pela Constituição, passa a ser apenas o civil, pelo que todo o regramento constitucional destinado a essa categoria de trabalhadores refere-se, da Emenda Constitucional n° 18 em diante, apenas aos civis.

**Art. 39** - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional n° 19 retirou da Constituição a obrigatoriedade de instituição do regime único aos servidores públicos civis. Essa providência foi seguida pela previsão de instalação de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, formado por servidores. O resultado mais imediato é a possibilidade de coexistência de vários regimes jurídicos, a partir das linhas traçadas por esses conselhos.

**§ 1º** - A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

**I** - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

**II** - os requisitos para a investidura;

**III** - as peculiaridades dos cargos.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional n° 19 trouxe a novidade, até então inexistente - curiosamente - no serviço público brasileiro. Por ela, o vencimento e outras verbas componentes da remuneração deverão atender a padrões objetivos, como a natureza do cargo, seu grau de responsabilidade, os requisitos para a investidura e as peculiaridades a ele inerentes. A vista disso, não poderá haver, por exemplo, dois cargos públicos distintos, um ocupável por pessoal com nível médio de escolaridade, outro privativo de profissionais de nível superior, com faixas remuneratórias semelhantes.

**§ 2º** - A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

**Comentário:**

Outra novidade da Emenda Constitucional n° 19. Os entes estatais deverão criar e manter escolas de governo para a preparação e aperfeiçoamento de seu pessoal, a exemplo do que já ocorre, há muito, na França, com excelentes resultados. A freqüência, com aproveitamento, aos cursos nelas ministrados será considerada especialmente nas promoções na carreira, ficando claro que o mérito pessoal do servidor poderá fundamentar a elevação funcional.

**§ 3º** - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no **art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX**, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

**Comentário:**

Chama atenção na redação deste dispositivo, imposta pela Emenda Constitucional nº 19, a possibilidade de exigência de requisitos diferenciados para admissão em certos cargos, quando a natureza do cargo o exigir, o que significa a constitucionalidade da realização de exames psicotécnicos, provas físicas, investigação de vida pregressa e outros elementos de convencimento quanto à existência, do candidato ao cargo, da formação mínima necessária à investidura. É forçoso notar, segundo Alexandre de Moraes, que a EC nº 19 suprimiu do rol de direitos constitucionais dos servidores públicos a irredutibilidade de salário (art. 7º, VI), o que pode ser superado pela garantia de irredutibilidade de remuneração, prevista no art. 37, XV para a grande maioria dos casos, e o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7º, XXIII). Esta última supressão, segundo o mesmo autor, pode configurar ofensa à cláusula pétreia, já que a garantia constitui-se direito fundamental na esteira de julgamento do STF, onde foi reconhecido que os direitos sociais são, também eles, cláusulas pétreas.

**§ 4º** - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no **art. 37, X e XI**.

**Comentário:**

A redação imposta pela Emenda Constitucional nº 19 impõe a remuneração, aos agentes políticos citados, exclusivamente por subsídios. Segundo Maria Sylvania Zanella di Pietro, o subsídio não tem natureza de ajuda, socorro, auxílio, mas possui caráter retributivo e alimentar. A questão do pagamento de verba aos membros do Congresso Nacional em virtude do comparecimento à sessão extraordinária não está impedida pela redação do dispositivo, já que o art. 57, § 7º, garante, literalmente, o pagamento, por esse comparecimento, de parcela "indenizatória" (portanto, por fato eventual, ocasional) não superior ao valor dos subsídios mensais. As demais verbas citadas neste parágrafo estão proibidas, sendo o seu pagamento inconstitucional.

**§ 5º** - Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no **art. 37, XI**.

**Comentário:**

A redação faculta às entidades estatais estabelecer, ou não, por lei ordinária, um padrão de diferença entre a menor e a maior remuneração dos servidores públicos, o que deverá ser produto e condicionante dos trabalhos dos conselhos de política de administração e remuneração de pessoal.

**§ 6º** - Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

**Comentário:**

Atendendo aos princípios gerais da publicidade e da moralidade, inscritos no caput do art. 37, a Emenda Constitucional nº 19 impôs, neste parágrafo, a obrigação de publicação anual dos valores dos subsídios e da remuneração de cargos e empregos públicos. A publicação dos subsídios, principalmente os pagos no STF, já era implicitamente obrigatória, dado ser ele o padrão máximo de remuneração. A dos demais, para se garantir a efetividade do princípio.

**§ 7º** - Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

**Comentário:**

As sobras orçamentárias, geradas por economia e eficiência no gerenciamento dos recursos financeiros, podem vir a ser aplicadas, inclusive como estímulo financeiro, ao servidor ou empregado

público. É nítida a ênfase, também aqui, da qualificação de pessoal no serviço público, uma das linhas basilares da reforma administrativa, e que visa a atender ao princípio da eficiência.

§ 8º - A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 abre, aqui, a possibilidade de instituição de política remuneratória que suprima absolutamente o pagamento de quaisquer gratificações ou adicionais aos servidores e empregados públicos. Isso é especialmente importante quando se constata que, hoje, praticamente todas as carreiras têm vencimentos básicos fixados em valores modestos, os quais são expressivamente inflados pela soma de um sem-número de gratificações, diferenças, adicionais, verbas e funções. A partir dos trabalhos dos conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, essa decisão poderá ser tomada, devendo ser composta a diferença entre o vencimento básico e as demais agregações, principalmente as permanentes.

**Art. 40** - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

**Comentário:**

O regime previdenciário dos servidores públicos ficou restrito aos ocupantes de cargos públicos efetivos. A eles, a Emenda nº 20 assegurou um sistema baseado, fundamentalmente, na contribuição, cuja arrecadação deverá custear o dispêndio futuro. Efeitos desse novo sistema são notados, por exemplo, na nova disciplina da aposentadoria compulsória por idade, cuja proporcionalidade deixa de ser com o tempo de serviço e passa a ser calculada em função do tempo de contribuição, segundo o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

**Comentário:**

A invalidez permanente pode levar, ainda, a aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição, conforme decorra de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, para a primeira, ou de qualquer outra causa, para a segunda.

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

**Comentário:**

A proporcionalidade dos proventos, no caso de aposentadoria compulsória por idade, deixa de ser com o tempo de serviço e passa a ser pelo tempo de contribuição, dentro da nova ideologia do sistema. Note que foi extinta a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, restando, sobre o tipo, apenas as regras de transição da parte final da Emenda nº 20.

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

**Comentário:**

A aposentadoria compulsória exige um mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco no cargo em que se dará a aposentadoria. Isso porque, no § 9º, é ainda permitida a contagem de tempo de contribuição (e aqui também não mais de serviço) federal, estadual, distrital ou municipal. Essa exigência de dez anos de efetivo exercício no serviço público visa a impedir que

pessoas que estavam filiadas ao regime de previdência do trabalhador privado, em que a base de cálculo é o salário-de-contribuição, de valor máximo limitado, ingressem no serviço público e, em situação mais favorável financeiramente, após algum tempo de atividade, e beneficiados pela contagem recíproca de tempo de serviço, saíssem com proventos integrais.

**a)** sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

**b)** sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

**Comentário:**

O parágrafo consagra um dos dois tetos constitucionais ao valor dos proventos e pensões, qual seja a remuneração do cargo efetivo ocupado por pelo menos cinco anos e a partir do qual se deu a aposentadoria. O outro teto está no § 8º.

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

**Comentário:**

Este parágrafo, na sua parte final, eliminou a tentativa de imposição de um redutor no valor dos proventos da aposentadoria. Agora, literal e expressamente, esses corresponderão à totalidade do valor da remuneração.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

**Comentário:**

Previsão que elimina as aposentadorias especiais de algumas categorias de servidores, como os professores e magistrados. Excepcionalmente, nos termos da lei complementar, poderá haver condições especiais para as situações citadas no parágrafo. Quanto aos professores veja a restrição no § 5º, a seguir.

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

**Comentário:**

A Emenda nº 20 reduziu expressivamente o benefício de aposentadoria especial dos professores. Agora, apenas os ocupados com educação infantil e ensino fundamental e médio terão direito à redução em cinco anos dos requisitos de idade e tempo de contribuição para a saída com proventos integrais.

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

**Comentário:**

Dispositivo que impede a acumulação de aposentadorias pelos diversos sistemas públicos, como o federal e o estadual, por exemplo.

**§ 7º** Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

**Comentário:**

A Emenda nº 20 abraçou entendimento do Supremo Tribunal Federal e reconheceu o direito do pensionado à totalidade dos proventos do servidor falecido. É impor tante notar que, no caso de falecimento do servidor na ativa, o valor da pensão por morte não será o da remuneração, mas, sim, o produto de um cálculo proporcional que indique o eventual provento se a aposentadoria ocorresse na data do falecimento, e que tenderá a ser, portanto, menor do que o valor da remuneração.

**§ 8º** É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

**Comentário:**

Dispositivo com três objetivos diretos: primeiro, sujeita o valor dos proventos e pensões ao teto geral do serviço público, que é o valor dos subsídios de Ministro do STF; segundo, garante a revisão dos pagamentos a aposentados e pensionados sempre que se modificar a remuneração dos servidores na ativa; terceiro, estende aos aposentados e pensionados eventuais benefícios ou vantagens concedidos à ativa.

**§ 9º** O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

**Comentário:**

Separa tempo de contribuição e tempo de serviço. O primeiro será contado para fins de aposentadoria; o segundo, para fins de disponibilidade.

**§ 10º** A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

**Comentário:**

Proíbe, por exemplo, a contagem em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada.

**§ 11º** Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

**Comentário:**

A soma total, a qualquer título, mesmo que decorrente de acumulação constitucional, dos proventos qualquer outra verba remuneratória não poderá superar o valor dos subsídios de Ministro do STF. Note-se que a redação inclui o sistema geral da previdência, de trabalhador privado e até os subsídios de cargos eletivos e cargos em comissão.

**§ 12º** Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

**Comentário:**

Determina a aplicação subsidiária do regime geral de previdência, previsto no art. 201.

**§ 13º** Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

**Comentário:**

Servidor público sem vínculo permanente com a Administração Pública, titular apenas de cargo em comissão, não participa do sistema de previdência do servidor público efetivo, mas, sim, do regime geral de previdência. É desdobramento do caput deste artigo.

**§ 14º** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

**Comentário:**

Dispositivo que pode vir a impor um valor máximo de proventos aos servidores públicos que ingressarem no sistema após a promulgação da Emenda nº 20/98. Esse teto, que hoje não existe para os servidores, a não ser o valor da remuneração e os subsídios de Ministro do STF, poderá ser praticado, portanto, para servidores, com permissão constitucional.

**§ 15º** O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

**§ 16º** Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

**§ 17.** Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

**§ 18.** Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

**§ 19.** O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

**§ 20.** Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

**§ 21.** A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

**Art. 41** - São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

**Comentário:**

No sistema constitucional brasileiro, da efetividade não resulta obrigatoriamente a estabilidade, nem a estabilidade pressupõe necessariamente a efetividade. A efetividade, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dá direito a um cargo; a estabilidade mantém o servidor no quadro da administração. A estabilidade é, assim, um vínculo entre o servidor e a administração; a efetividade, entre o servidor e o cargo. A redação imposta a este dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19 ampliou de dois para três anos o período do estágio probatório. Foi, também, melhorada a técnica da redação, com a previsão de estabilidade aos servidores nomeados "para cargo de provimento efetivo" em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

**Comentário:**

A estabilidade do servidor público guarda uma diferença fundamental em relação ao servidor vitalício, como juiz, membro do Ministério Público ou Ministro de Tribunal Superior, cuja perda do cargo depende sempre de processo judicial. A estabilidade, por seu turno, pode ser perdida pelas três hipóteses previstas neste artigo e, mais, a contida no § 4º do art. 169 a demissão do servidor estável por excesso de endividamento, já regulamentada pelo Congresso Nacional no início de 1999, e que prevê, como critérios a serem utilizados para esse desligamento, a idade, o tempo de serviço e a natureza do cargo ocupado. Talvez uma das mais discutidas medidas da Emenda Constitucional nº 19, a perda do cargo por insuficiência de desempenho, a rigor, já era possível sob a disciplina anterior, se aplicados os dispositivos legais relativos aos deveres e às proibições dos servidores. Não é, então, a rigor, uma novidade, mas, agora, constitucionalizada, a perda do cargo por esse fundamento certamente está mais visível e será lida com mais atenção.

§ 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 perdeu uma excelente oportunidade de corrigir equívoco técnico que vem desde a redação original da Constituição, em 1988. A demissão do servidor pode ser invalidada também, administrativamente, já que, segundo o próprio STF, a Administração Pública está obrigada a rever os seus atos, quando eivados de vício ou erro. Revendo uma demissão, assim, poder-se-ia concluir que essa é ilegal, e determinar a sua anulação. É importante observar que não há um limite de tempo para isso, uma vez que o STF deixou julgado poder ocorrer essa revisão administrativa "a qualquer tempo". A segunda previsão importante da alteração imposta pela Emenda é a remuneração da disponibilidade que passa a ser proporcional ao tempo de serviço, e não mais integral.

§ 3º - Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19, coerentemente com a previsão do parágrafo anterior, também aqui impõe a disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 4º - Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

**Comentário:**

Trata-se de dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 19. Por ele, tem-se que a aquisição de estabilidade, ao fim do prazo de três anos, depende de avaliação especial de desempenho por comissão especial. O relatório que era expedido ao cabo do vigésimo mês, nos termos da Lei nº 8.112/90, é substituído pelo trabalho de comissão especial.

(...)

**TÍTULO IV  
DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES  
CAPÍTULO I  
DO PODER LEGISLATIVO  
SEÇÃO I  
DO CONGRESSO NACIONAL**



**Art. 44** - O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

**Comentário:**

Note que, apesar de o Congresso Nacional ser composto de duas Casas, são três, na verdade, os órgãos deliberativos, já que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Congresso Nacional são detentores de competências próprias, de regimentos internos próprios, de mesas próprias e de serviços próprios. Existem competências unicamerais, do Congresso Nacional (art. 49), da Câmara dos Deputados (art. 51) e do Senado Federal (art. 52). O bicameralismo brasileiro é, na lição de Kildare Gonçalves Carvalho, do tipo federal, pois decorre da forma de Estado (cabe ao Senado Federal a função de órgão representativo dos Estados federados na formação das leis nacionais, implementando-se, assim, o princípio da participação, essencial à configuração do federalismo), embora com resquícios do bicameralismo de moderação, já que prevista, como condição de elegibilidade para o Senado, idade mais avançada (35 anos) do que a exigida para a eleição de deputado federal (21 anos), conforme o art. 14, § 3º, VI, u e c. No bicameralismo brasileiro não há primazia ou posição superior de uma Casa sobre a outra. O que ocorre é uma concentração maior, na Câmara dos Deputados (art. 61, § 2º, e art. 64) quanto ao início do processo legislativo, o que só reforça a sensação de ser o Senado a Casa moderadora, ou de decantação. É de se verificar, também, uma posição de dominância, no processo legislativo, da Casa iniciadora sobre a Casa revisora, pela aplicação do art. 66. Como a regra constitucional é de que a Câmara dos Deputados funcione como Casa iniciadora (art. 64), haverá uma certa prevalência dessa Casa sobre o Senado Federal, quanto à elaboração das leis.

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

**Comentário:**

Legislatura é termo que teve a sua significação muito discutida, ora sendo entendido como um período de tempo, ora como a composição do Parlamento em um certo período de tempo. A doutrina moderna parece querer o primeiro entendimento, e a Constituição abraça essa definição. Hoje, a legislatura tem duração de quatro anos. Não há legislatura no Senado Federal, que é contínuo, graças à renovação parcial e alternada, por um e dois terços, estabelecida no art. 46, § 2º.

**Art. 45** - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

**Comentário:**

Na lição do prof. Kildare Gonçalves Carvalho, o sistema proporcional, no Brasil, gravita em torno de dois quocientes: quociente eleitoral e quociente partidário. Para se verificar o critério de distribuição das cadeiras a preencher na Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, apura-se em primeiro lugar o número de votos válidos, neles compreendidos os votos em branco (tramita no Congresso proposição que visa a retirar desse cômputo os votos em branco, com ganho mínimo para os partidos menores). Apurados os votos válidos, divide-se esse número pelo de cadeiras a preencher, encontrando-se o quociente eleitoral. O quociente eleitoral será assim o número mínimo de votos que um partido político deverá obter para eleger candidatos. O quociente partidário resulta da divisão do número de votos obtidos pelo partido político (legenda) pelo quociente eleitoral, encontrando-se o número de cadeiras conquistadas por esse partido. Havendo sobras (cadeiras no ar), soma-se uma unidade ao número de eleitos pelo partido, exclui-se o que não houver obtido o número de votos pelo menos igual ao quociente eleitoral e divide-se por esse número o total de votos do partido. Repete-se a operação para cada partido, apurando-se qual tem a maior média, e atribui-se a este o lugar. Esse critério é repetido até que todas as cadeiras sejam preenchidas.

O sistema de representação proporcional, que dá representação a partidos pequenos pelo rateio dos maiores saldos e, aparentemente, faz maior justiça na representação final do Parlamento, merece ácida observação do professor Georges Vedel, para quem "o objetivo do sistema eleitoral não é fazer justiça, mas sim criar uma maioria capaz de governar".

**§ 1º** - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

**Comentário:**

Note que todos os deputados federais são eleitos pelo sistema eleitoral proporcional, mas somente os que representam os Estados e o Distrito Federal o serão em número proporcional à população. A fixação do número final de Deputados entre oito e setenta permite a ocorrência de desvio matemático já comprovado, gerando situações em que o voto de um brasileiro vale tanto quanto o voto de dez outros.

**§ 2º** - Cada Território elegerá quatro Deputados.

**Comentário:**

O número fixo em quatro deputados federais atribuído aos Territórios Federais está dissociado definitivamente da escolha de representantes à Câmara dos Deputados em número proporcional à população.

**Art. 46** - O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

**Comentário:**

Diz-se que o Senado Federal funciona como "câmara de resfriamento", por se afigurar mais conservador e como órgão de equilíbrio, sendo ilustrativo disso a diferença das idades mínimas para se eleger deputado federal (21 anos) e senador (35 anos), existente no art. 14, 3º, VI. O artigo firma entendimento antigo no Direito brasileiro, segundo o qual o Senado é o representante da Federação brasileira.

**§ 1º** - Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

**Comentário:**

É traço do federalismo homogêneo que cada Estado e o DF elejam o mesmo número de Senadores.

**§ 2º** - A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

**§ 3º** - Cada Senador será eleito com dois suplentes.

**Comentário:**

A suplência de deputado federal é partidária, ou seja, o primeiro candidato a deputado federal após o último eleito é suplente de qualquer dos detentores de mandato daquele partido ou coligação. Já em relação a Senador, a suplência, como indica o parágrafo, é pessoal, sendo eleita uma chapa com o titular do mandato e com primeiro e segundo suplentes.

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

**Comentário:**

A regra geral das votações na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e nas respectivas comissões, bem como nas comissões do Congresso Nacional, é a maioria simples, ou relativa, definida como o primeiro número inteiro acima da metade dos presentes, estando presente a maioria absoluta dos membros do colegiado. Por exceção, que deve ser constitucional e expressa, são admissíveis as maiorias absoluta (primeiro número inteiro acima da metade dos membros de um colegiado) e fracionária (calculadas sobre o número de membros de um colegiado). Regimentos internos e leis não podem, sob pena de inconstitucionalidade, criar situações de votação em que a maioria seja absoluta ou fracionária. Tais maiorias só podem ser atribuídas pela Constituição.

## **SEÇÃO II DAS ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL**

**Art. 48** - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

**Comentário:**

A rigor, este artigo tem pouca utilidade. Determina ele que o Congresso Nacional, por suas Casas, pode "dispor" (não necessariamente ter iniciativa de projetos de lei sobre) de toda e qualquer matéria de competência da União, como as elencadas nos arts. 22 e 24, dentre outras. Os incisos do artigo trazem, então, uma mera relação ilustrativa de algumas dessas matérias. Importante ver que todas as matérias que estão identificadas neste artigo deverão ser tratadas por lei. A grande utilidade deste dispositivo é deixar fora de dúvida que, mesmo nos projetos de lei cuja iniciativa é constitucionalmente reservada ao Presidente da República, o Congresso Nacional dispõe do poder de emenda, de alteração, nos termos em que esse poder é dado pela Constituição. Não por outro motivo, a maior parte das matérias citadas nos incisos abaixo depende de projeto de iniciativa privativa do chefe do Executivo, como, por exemplo, as leis orçamentárias, do inciso II, atribuídas ao Presidente da República pelo art. 165, e a fixação dos efetivos das Forças Armadas, do inciso III, também sob competência do Presidente da República pelos termos do art. 61, § 1º, I.

**I** - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

**II** - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

**III** - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

**IV** - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

**V** - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

**VI** - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

**VII** - transferência temporária da sede do Governo Federal;

**VIII** - concessão de anistia;

**IX** - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

**X** - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

**XI** - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

**XII** - telecomunicações e radiodifusão;

**XIII** - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

**XIV** - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.

**XV** - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.

#### **Comentário:**

Este inciso foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, que perpetrou a reforma administrativa. Por ele, a fixação dos subsídios dos Ministros do STF - parâmetro remuneratório único da Administração Pública direta e indireta - passa a ser assunto de lei cujo projeto é de iniciativa partilhada e obrigatória dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio STF. Por se tratar de projeto de lei, poderá ser emendado regularmente nas duas Casas do Congresso, desde que as emendas não aumentem a despesa prevista, e pode, também, sofrer veto presidencial, na forma dos arts. 63 e 66, § 1º, respectivamente.

**Art. 49** - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

#### **Comentário:**

Neste artigo estão enumeradas as competências exclusivas do Congresso Nacional. Todas as matérias citadas deverão ser tratadas por decreto legislativo, cuja tramitação

é semelhante à do projeto de lei ordinária, com a diferença de que não se submete à sanção do Presidente da República. É importante frisar que o Congresso Nacional pode funcionar em sessão conjunta (quando Câmara dos Deputados e Senado Federal votam sucessivamente, e os votos são tomados em cada uma das Casas) ou em sessão unicameral (quando Câmara dos Deputados e Senado Federal se reúnem num único universo, com a soma de todos os seus membros, e os votos são colhidos simultaneamente).

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

**Comentário:**

Os tratados e atos internacionais são firmados pelo Presidente da República, como chefe de Estado brasileiro, mas sua validade no Brasil depende de ratificação pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo. Aprovado o tratado, é ele então colocado em vigor no país por decreto de execução.

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

**Comentário:**

Essa autorização será exercida pelo Presidente da República, de acordo com o art. 84, XXII.

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

**Comentário:**

A saída do País sem essa autorização, por prazo maior do que quinze dias, permite ao Congresso Nacional declarar vago o cargo, nos termos do art. 83.

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

**Comentário:**

"Aprovar" significa que primeiro haverá o decreto do Presidente da República (art. 84, IX e X) e, após, a apreciação pelo Congresso. "Autorizar" significa exata mente o contrário: primeiro deverá haver a autorização do Congresso, e somente após, o estado de sítio, poderá ser decretada pelo Presidente da República.

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

**Comentário:**

Este importante poder do Legislativo é doutrinariamente chamado de veto legislativo e ocorre quando o Presidente da República, no uso de sua competência normativa (lei delegada, segundo o art. 68, no caso) ou regulamentar (decreto regulamentador, a partir do art. 84, IV, parte final), excede os limites desse poder, ou pela superação dos limites delegados pelo Congresso Nacional, por resolução, para a elaboração de lei delegada (art. 68, § 1º) ou por fazer com que o decreto regulamentador ultrapasse os limites da lei que pretende regulamentar, configurando decreto autônomo e ferindo o princípio da legalidade (art. 5º, II), com ofensa, também, ao art. 84, IV, onde a Constituição determina que essa regulamentação seja para a "fiel execução" da lei, e não para sua inovação. Nesses casos, o Congresso Nacional, por decreto legislativo, pode realizar o ato político previsto no inciso e sustar (não revogar, nem anular) tais atos normativos.

VI - mudar temporariamente sua sede;

**Comentário:**

A mudança temporária de sede do Congresso Nacional, aqui prevista, é assunto de decreto legislativo. Já a da sede do governo federal, prevista no art. 48, VII, deve ser tratada por lei.

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõe os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

**Comentário:**

Essa fixação do subsídio é feita por decreto legislativo, com respeito ao valor fixado para Ministro do STF pela lei de que fala o art. 48, XV.

VIII - fixar o subsídio do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

**Comentário:**

Cabe, aqui, o comentário feito ao inciso VII.

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

**Comentário:**

As contas gerais (como balanços) sofrerão análise formal. As contas de responsabilidade direta serão submetidas a crivo mais severo. A rejeição dessas contas leva à inelegibilidade por cinco anos, nos termos da Lei Complementar nº 64/90.

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

**Comentário:**

Este inciso deixa claro que a titularidade do poder de fiscalização é do Congresso Nacional, no âmbito federal, e não do Tribunal de Contas da União. Esse poder é repetido nos arts: 70 e 71.

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

**Comentário:**

Uma das conseqüências dessa competência é, justamente, a descrita no inciso V deste artigo.

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

**Comentário:**

A concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão é tratada na Constituição, no art. 223.

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

**Comentário:**

Segundo consta também no art. 73, § 2º, 1/3 dos membros do Tribunal de Contas da União é escolhido pelo Presidente da República, e 2/3, pelo Congresso Nacional. Os Ministros do TCU indicados pelo Presidente da República, e só aqueles, estão sujeitos, antes da posse, à arguição pelo Senado Federal (art. 52, III, b) e somente assumirão o cargo se aprovados por maioria relativa dos Senadores. Os Ministros eleitos pelo Congresso não passam por esse processo.

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

**Comentário:**

Referendo e plebiscito, viu-se no art. 14, são instrumentos de democracia direta.

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

**Comentário:**

Essa competência está repetida no art. 231, § 3º. Note-se que, além disso, é competência do Congresso Nacional (art. 231, § 5º) deliberar sobre a remoção temporária dos grupos indígenas das terras por eles tradicionalmente ocupadas, nos casos de epidemias, por exemplo.

**XVII** - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

**Comentário:**

É importante registrar que, nos casos de alienação ou concessão de terras públicas para fins de reforma agrária, mesmo em extensão maior do que dois mil e quinhentos hectares, não haverá necessidade dessa autorização do Congresso Nacional, segundo o art. 188, § 2º.

**Art. 50** - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada.

**Comentário:**

Por "Câmara", "Senado" e "comissões" entenda-se os respectivos plenários. O ato de convocação para prestação de depoimento pessoal não é pessoal do parlamentar, mas colegiado. Cuida-se, aqui, de um instrumento de realização da competência fiscalizatória prevista no inciso X deste artigo.

**§ 1º** - Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

**§ 2º** - As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação aos Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no **caput deste artigo**, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

**Comentário:**

O pedido escrito de informações e apenas encaminhado, numa seqüência processual que começa com a iniciativa do parlamentar ou parlamentares interessados nas informações. Preenchidas as condições regimentais do requerimento de informações, à Mesa é dado dar continuidade a esse processo, encaminhando-o à autoridade requerida.

### **SEÇÃO III DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

**Art. 51** - Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

**Comentário:**

Todas as competências de que trata este artigo são tratadas por resolução da Câmara dos Deputados e, logicamente, por estarem situadas na esfera privativa dessa Casa legislativa, encerra-se nela o processo, não se podendo falar em revisão pelo Senado e sanção ou veto presidenciais.

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

**Comentário:**

Tem-se, aqui, o instituto chamado doutrinariamente de juízo de admissibilidade. É, em síntese, a imposição constitucional de que processos, por crime comum ou de responsabilidade, contra as autoridades citadas, somente poderão ser iniciados no Senado Federal (art. 52, 1, por crime de responsabilidade) ou no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b e c) se houver autorização da Câmara dos Deputados. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa autorização somente é necessária no caso de crimes ligados ao exercício dessas funções públicas e, também, a acusação não será formulada perante a Câmara dos Deputados, mas, sim, perante as Casas julgadoras, Senado Federal ou STF.

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

**Comentário:**

O Presidente da República tem dever constitucional de prestar contas ao Congresso Nacional (art. 84, XXIV). Não prestadas no prazo fixado (sessenta dias a contar do início da sessão legislativa, ou seja, de 15 de fevereiro), tais contas serão tomadas pela Câmara dos Deputados.

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

**Comentário:**

Importante novidade foi trazida para este dispositivo pela Emenda à Constituição n° 19. Por ela, a Câmara dos Deputados, aqui, e o Senado Federal, por força do art. 52, XIII, não podem mais fixar a remuneração inicial dos cargos de seu quadro por resolução, como vinha acontecendo desde a promulgação da Constituição, em 1988. Agora, esse assunto depende de lei, e, por isso, pode ser inclusive vetada pelo Presidente da República, nos termos do art. 66, § 1°. Note-se que a criação, transformação e extinção de cargos na Câmara serão operadas por resolução dessa Casa; a fixação de remuneração, por lei de iniciativa privativa da Câmara, mas que tramitará, como todo projeto de lei, pelo Senado e pelo Presidente da República; e o aumento de remuneração depende de lei de iniciativa privativa do Presidente da República, de acordo com o art. 61, § 1°, II, a.

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

**SEÇÃO IV  
DO SENADO FEDERAL**

**Art. 52** - Compete privativamente ao Senado Federal:

**Comentário:**

As competências deste artigo são tratadas por resolução do Senado Federal, valendo também aqui o que se disse no comentário ao *caput* do art. 51.

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

**Comentário:**

A conexão de que trata este inciso ocorre quando houver envolvimento, no mesmo crime de responsabilidade, do Presidente da República e de Ministro de Estado. O Senado, que já julgava o primeiro, julgará também o segundo. A Emenda 23/99, que criou os cargos de Comandantes militares, inseriu essas autoridades dentre as que podem perder o cargo nesse julgamento político do Senado, sendo, então, passíveis de *impeachment*.

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

**Comentário:**

Essas autoridades são escolhidas pelo Presidente da República, mas sua nomeação e posse depende de aprovação do Senado Federal. Os "magistrados" de que fala a alínea a são os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar. Embora o Presidente da República nomeie outros, como os juizes dos

Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, estes não estão sujeitos à aprovação do Senado.

**IV** - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

**Comentário:**

A atual Constituição manteve alteração redacional relativamente recente na história brasileira. Com a fundação de órgãos internacionais como a ONU, a OEA, o GATT e outros, foi criada a necessidade de o Brasil ser representado perante eles por delegados próprios. O Senado, que apenas realizava as argüições de embaixadores, teve sua competência estendida para abranger também os candidatos a aqueles postos no exterior.

**V** - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

**VI** - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

**Comentário:**

Dívida consolidada é aquela de realização maior do que o exercício financeiro.

**VII** - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

**VIII** - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

**Comentário:**

Operações de crédito exigem um avalista. Quando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vão ao mercado bancário buscar dinheiro, geralmente essas operações são avalizadas e garantidas pela União. Incumbe ao Senado fixar limites e condições para essas

**IX** - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

**Comentário:**

Dívida mobiliária é aquela representada e garantida por títulos do Tesouro da entidade política emitente.

**X** - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

**Comentário:**

Já tratamos, na parte referente ao controle difuso de constitucionalidade, dessa importantíssima competência do Senado Federal. Como resumo, contudo, cumpre lembrar que essa ação somente é possível nessa via de controle, concreta ou incidental, jamais sendo admissível quando o Supremo Tribunal Federal julgar uma ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se, sinteticamente, de uma competência política (e não-jurídica) do Senado, que a exerce quando quiser e se quiser, sendo, por isso, facultativa. Os efeitos, embora não haja um consenso doutrinário quanto a isso, são retroativos (ex tunc) para uma parcela expressiva das suspensas com base nessa competência leis federais, distritais, estaduais e até municipais, já que, aqui, o Senado não atua como legislador federal, mas como guardião da Constituição e dos interesses federativos.

**XI** - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

**Comentário:**

O ato de exoneração é de competência do Presidente da República, mas, por tratar-se de ato composto, a exoneração de ofício somente produzirá efeitos se aprovada



**XII** - elaborar seu regimento interno;

**XIII** - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

**Comentário:**

Como se disse nos comentários ao art. 51, IV o Senado não pode mais fixar a remuneração inicial dos cargos de seu quadro por resolução. Agora, essa matéria depende de lei, e, por isso, depende também de sanção do Presidente da República, apesar de o assunto se referir a cargos no Legislativo. Perceba que não se cuida, aqui, de reajuste de remuneração, matéria de competência privativa do Presidente da República, na esfera federal, mas, sim, de fixação do padrão remuneratório inicial da carreira. Quanto aos cargos do Senado, valem aqui os comentários feitos ao art. 51, IV.

**XIV** - eleger membros do Conselho da República, nos termos do **art. 89, VII**;

**Comentário:**

A exemplo do sistema americano, o processo, o julgamento e o juízo, nos casos de atuação do Senado, são políticos, mas sob condução administrativa do Presidente do Supremo Tribunal Federal. A condenação exige quorum especial e tem seus efeitos limitados à esfera pública, sem prejuízo, como se vê, de processamento judicial pelo mesmo fato, já que são instâncias independentes.

**XV** - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

**Parágrafo único** - Nos casos previstos nos **incisos I e II**, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

## **SEÇÃO V DOS DEPUTADOS E DOS SENADORES**

**Comentário:**

Esta Seção estabelece o Estatuto dos Congressistas, instituidor de prerrogativas, imunidades e impedimentos, de forma a assegurar o funcionamento da instituição da maneira mais plena e completa possível.

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

**Comentário:**

O caput deste artigo trata da inviolabilidade, ou imunidade material, ou, ainda do *freedom of speech*. Trata-se, aqui, de um caso de excludente de ilicitude, ou seja, não há crime (o que é diferente de haver crime e não poder haver prisão ou processo). Isso torna inconstitucional o processamento do parlamentar por opiniões, palavras e votos proferidos durante o mandato ou em razão dele após o seu término. Essa imunidade material implica, então, a subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, não cometendo os chamados delitos de opinião, como injúria, calúnia e difamação. A doutrina a entende como cláusula de irresponsabilidade geral e, segundo o Supremo Tribunal Federal, o congressista não tem poder de renúncia da proteção da imunidade, já que, segundo o Ministro José Celso de Mello Filho, não é uma prerrogativa de caráter subjetivo, mas, sim, de caráter institucional inerente ao Poder Legislativo.

Somente estão cobertas com essa imunidade material os atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, ou seja, imputáveis ao exercício do mandato legislativo, dentro ou fora do recinto do parlamento. O congressista que esteja licenciado de seu mandato (como Ministro de Estado, por exemplo), perde a proteção da imunidade, tendo o STF cancelado a sua Súmula 4, que estabelecia o contrário. A imunidade, portanto, tanto a material quanto a formal, protege o congressista enquanto detiver essa condição.

§ 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

**Comentário:**

Este parágrafo e os próximos tratam da imunidade formal, ou *freedom from arrest*. A proteção contra prisão e processo é limitada ao tempo do mandato, ou mandatos sucessivos. Note-se que a proteção contra processo judicial somente abrange os processos criminais, não tendo nenhum efeito contra processos civis ou trabalhistas, que correm normalmente. Quanto à prisão, a doutrina brasileira entende que tanto a prisão criminal quanto a civil (como devedor de pensão alimentícia ou depositário infiel) estão sujeitas à regra, com a exceção prevista expressamente.

Essa proteção não impede o parlamentar de ser preso após decisão final condenatória proferida pelo STF, mas tal prisão, prevista no art. 55, VI, e § 2º, vai depender de deliberação do plenário da Casa à qual ele pertença.

É importante notar que essa imunidade formal não impede, segundo já decidiu o STF, a instauração de inquérito policial contra o membro do Congresso Nacional, desde que essas medidas de investigação pré-processuais sejam adotadas em procedimento junto ao Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

**Comentário:**

Duas informações importantes emergem da redação desse parágrafo. A primeira é a suspensão da prescrição criminal durante o prazo em que o pedido de autorização de processamento estiver tramitando no Congresso. A segunda, que o Congresso não é obrigado a decidir, podendo manter o pedido tramitando indefinidamente, em razão da permissão "ou a ausência de deliberação". Essa decisão legislativa para a concessão ou não da licença não está submetida a nenhuma condição material ou jurídica ou técnica específica, sendo fundamentalmente uma decisão política. A Constituição, também, não prevê prazo para essa deliberação.

Questão importante versa sobre o caso de concurso de agentes, ou seja, quando no processo estão sendo acusados parlamentar e não-parlamentar. O STF tem permitido, nesses casos, a separação de processos, de forma a permitir a tramitação de um independentemente do outro, ficando somente o relativo ao parlamentar dependente de autorização do Legislativo.

§ 3º - Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

**Comentário:**

Tem-se, aqui, o tratamento da única hipótese de prisão em flagrante do parlamentar, para o caso de crime inafiançável.

§ 4º - O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

**Comentário:**

O STF, recentemente, revogou sua Súmula 394, que determinava que processo por crime comum contra ex-congressista fosse processado perante essa Corte. Agora, por esses crimes, o ex-Deputado Federal e o ex-Senador serão processados, após o fim do mandato ou mandatos, pelos órgãos judiciários normais, sem esse foro privilegiado.

§ 5º - A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

**Comentário:**

Trata-se, aqui, de uma escolha discricionária do parlamentar, e só pode ser exercida quanto a informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, não abrangendo o dever de testemunhar na condição de cidadão comum, por fatos não relacionados ao mandato.

§ 6º - Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

**Comentário:**

Tem-se, aqui, também, uma imunidade, já que o parlamentar está livre de uma obrigação imposta pela Constituição (art. 143).

§ 7º - A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 8º - As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

**Art. 54** - Os Deputados e Senadores não poderão:

**Comentário:**

Note que as proibições aos parlamentares são divididas em dois grupos. O primeiro vale desde a diplomação, a qual ocorre no ano da eleição, em aproximadamente trinta dias após a apuração dos votos. O segundo somente vale a partir da posse, que ocorre em sessão preparatória, a partir de 1º de fevereiro do ano seguinte ao da eleição (art. 57, § 4º).

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

**Comentário:**

Cláusulas uniformes nos contratos são previsões, principalmente quanto a preço, lucros e garantias, geralmente praticáveis pelo mercado em contratos do tipo do firmado.

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da **alínea anterior**;

**Comentário:**

Cargos demissíveis *ad nutum* são os cargos em comissão, de livre provimento e exoneração.

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no **inciso I, a**;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o **inciso I, a**;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

**Comentário:**

A referência a mandato público eletivo visa a incluir na proibição a acumulação de cargo de deputado federal ou senador com vice-presidente, vice-governador ou vice-prefeito, já que esses vices não detêm cargo, mas apenas mandato.

**Art. 55** - Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

**Comentário:**

Este artigo enumera as hipóteses constitucionais de perda de mandato do parlamentar federal. Apesar da imperatividade do caput, nem todos os casos abaixo vão levar à cassação. Veja os comentários que fazemos aos § 2º e 3º.

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no **artigo anterior**;

**Comentário:**

As proibições que o art. 54 impõe desde a diplomação e desde a posse, se não cumpridas, podem levar à perda do mandato. Logicamente, o parlamentar diplomado só entra em exercício do mandato após a posse.

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

**Comentário:**

Decoro parlamentar é um conjunto de preceitos referentes à moralidade, conduta pública, honestidade e outros elementos cuja observância é imposta ao detentor de mandato parlamentar, em razão da sua condição de membro do Congresso Nacional. Segundo o § 1º deste artigo, a definição do que seja quebra do decoro parlamentar (a conduta indecorosa) é matéria do regimento interno de cada Casa, mas a própria Constituição cuida de fixar duas situações: o abuso das prerrogativas garantidas ao membro do Congresso e o recebimento de vantagens indevidas.

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

**Comentário:**

Sessões ordinárias são aquelas realizadas de 15 de fevereiro a 30 de junho, e de 1º de agosto a 15 de dezembro, nos horários regimentais e normais de sessão. Veja que a ausência às sessões extraordinárias não são contadas para fins de apurar essa hipótese de perda de mandato.

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

**Comentário:**

Os casos de perda ou suspensão de direitos políticos estão no art. 15 desta Constituição.

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

**Comentário:**

A perda de mandato por decisão da Justiça Eleitoral ocorre quando é provida (aceita) ação de impugnação de mandato, nos termos do art. 14, §§ 10 e 11. Essa ação é movida pelos interessados quando houver prova de que o parlamentar se elegeu com abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

**Comentário:**

Condenação criminal transitada em julgado é a condenação definitiva, na qual não cabe mais recurso.

**§ 1º** - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

**Comentário:**

Decoro parlamentar é o conjunto de regras legais, morais e comportamentais que se impõe ao membro do Legislativo, nessa condição, como orientadoras da sua conduta enquanto legislador.

**§ 2º** - Nos casos dos **incisos I, II e VI**, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

**Comentário:**

Os casos dos incisos mencionados não levam necessariamente à perda do mandato e esse é o sentido da locução "será decidida", pois quem tem poder para decidir pode decidir pela cassação ou não. A cassação, aqui, e decisão do Plenário da Casa respectiva, em votação secreta e por maioria absoluta.

**§ 3º** - Nos casos previstos nos **incisos III a V**, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

**Comentário:**

Quando a Constituição, aqui, diz que a perda "será declarada" pela Mesa, leva a duas importantes conclusões. A primeira é de que não se trata mais de um ato político de plenário, mas, sim, de ato administrativo-regimental da Mesa da Casa. A segunda, como a declaração somente pode ser positiva, a cassação é praticamente eminente nesses casos.

**§ 4º** - A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os **§§ 2º e 3º**.

**Comentário:**

A renúncia do parlamentar não vai impedir, então, o prosseguimento, até a final decisão do Plenário ou da Mesa, do processo de cassação. Deputado ou senador poderão renunciar nesses casos, mas ficam no mandato, para todos os fins, até serem cassados ou absolvidos. A única forma de o parlamentar escapar do julgamento pelo Plenário ou Mesa é renunciar ao mandato antes que comece o processo de investigação ou de cassação.

**Art. 56** - Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;

**Comentário:**

Note que não se trata, aqui, do cargo de Prefeito de capital, mas sim de secretário de prefeitura de capital. O cargo de Prefeito, por ser elegível, não pode ser ocupado simultaneamente por conta do art. 54, 11, d.

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

**Comentário:**

A licença por motivo de doença é remunerada e não tem prazo máximo. A licença para o tratamento de interesse particular não é remunerada e não pode superar cento e vinte dias a cada sessão legislativa.

**§ 1º** - O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.

**§ 2º** - Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato.

**Comentário:**

Se faltarem menos de quinze meses para o fim do mandato, não havendo suplente, a vaga ficará aberta.

**§ 3º** - Na hipótese do **inciso I**, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato.

**SEÇÃO VI  
DAS REUNIÕES**

**Art. 57** - O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

**Comentário:**

Período legislativo ordinário são dois ao longo de um ano: o primeiro, de 15 de fevereiro a 30 de junho, e o segundo, de 1º de agosto a 15 de dezembro. Sessão legislativa ordinária é a soma dos dois períodos legislativos ordinários. Legislatura, di-lo o art. 44, parágrafo único, é o período de quatro anos.

**§ 1º** - As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.

**Comentário:**

A imposição constitucional de escolha do "primeiro dia útil subsequente" impede que seja fixada outra data, aleatoriamente.

**§ 2º** - A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

**Comentário:**

Sessão legislativa é a soma de dois períodos legislativos ordinários, ou seja, de 15 de fevereiro (ou primeiro dia útil subsequente) a 30 de junho, e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

**§ 3º** - Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

**Comentário:**

Reunião em sessão conjunta significa que Câmara dos Deputados e Senado Federal reunir-se-ão em sessão do Congresso Nacional, e que as votações serão simultâneas em ambas as Casas.

- I - inaugurar a sessão legislativa;
- II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
- III - receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;
- IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar.

**§ 4º** - Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

**Comentário:**

As sessões preparatórias ocorrem no início de cada legislatura. Os parlamentares que tomarem posse ao longo dos quatro anos (em caso de cassação de mandato, morte ou renúncia), tomam posse perante o Plenário ou perante o Presidente da Casa. Há discussão na doutrina sobre se a proibição de reeleição dos membros da Mesa somente existe na mesma legislatura ou se os membros da segunda Mesa de uma legislatura são inelegíveis, para os mesmos cargos, para a composição da primeira Mesa da legislatura subsequente. A prática legislativa mostra que foi aceita a primeira tese.

Esse dispositivo não é obrigatório aos Estados, segundo nota Alexandre de Moraes, que poderão estabelecer disciplina diversa.

**§ 5º** - A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

**Comentário:**

Fica claro, então, que são três as Mesas que funcionam no Congresso Nacional, cada qual com composição e competências próprias: a da Câmara dos Deputados, a do Senado Federal e a do Congresso Nacional.

**§ 6º** - A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:

I - pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República;

II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

**Comentário:**

A convocação extraordinária do Congresso Nacional por requerimento dos parlamentares depende de que assinem esse documento a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e não de apenas uma das duas Casas.

**§ 7º** - Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo, vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 19 apanhou este dispositivo com o único fim de proibir, expressamente, o pagamento de adicionais por comparecimento à sessão legislativa extraordinária, segundo amplamente noticiado à época da sua elaboração. A redação imposta pela Emenda da reforma administrativa, contudo, não atingiu essa finalidade. Claramente, a nova redação permite o pagamento de "parcela indenizatória" pelo comparecimento a essas sessões extraordinárias, contornando cuidadosamente a expressão "subsídios", que vinha sendo usada como designativa da retribuição financeira dos parlamentares. Assim, fora de qualquer dúvida, o membro do Congresso que compareça a sessão extraordinária poderá receber pagamento especial por esse comparecimento (não se indeniza fato rotineiro, mas evento extraordinário), limitado o valor a ser pago a esse título a 100% do subsídio mensal. Um dos efeitos ainda produzidos pela reforma é a proibição de pagamentos iguais a três, quatro vezes aos subsídios mensais, como praticado em várias Assembleias Legislativas estaduais e, principalmente, Câmara de Vereadores. Agora, o acréscimo máximo será de 100% sobre o subsídio do mês.

**§ 8º** - Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação.

## **SEÇÃO VII DAS COMISSÕES**

**Comentário:**

Comissões parlamentares são grupos pequenos de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou de ambas as Casas, quando a Comissão for mista, reunidos em razão de certos temas (educação, saúde, finanças públicas, trabalhos, assuntos sociais, análise de constitucionalidade) ou com determinada finalidade (o estudo de um tema nacional importante, como o trabalho escravo, a prostituição infantil, o mau uso do dinheiro em obras públicas) ou para fins de investigação de fato certo (no caso das comissões parlamentares de inquérito).

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

**§ 1º** - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

**Comentário:**

A representação proporcional implica o dever de se buscar, tanto quanto possível, na composição das Mesas e Comissões, a reprodução do espectro partidário representado na Casa naquela legislatura. Assim, se um partido dominar metade da composição da Casa, deverá dominar também metade da Mesa e da composição das comissões.

**§ 2º** - Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

**Comentário:**

Há, aqui, uma hipótese de delegação legislativa *in.terna corporis*, em que o plenário da Comissão atua substituindo o plenário da Casa a que pertença. Este importante poder das comissões, chamado na Câmara dos Deputados de poder conclusivo e no Senado Federal de poder terminativo, permite, nos casos previstos nos respectivos regimentos internos, que o projeto de lei seja votado pelos membros da Comissão e não do Plenário principal da Casa, e nessa votação decidido. Uma das hipóteses regimentais de isso acontecer, em ambas as Casas, ocorre quando o autor, ou autores, do projeto for um deputado ou senador.

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

**Comentário:**

Veja-se o aumento da lista dos que podem ser convocados, na nova redação do art. 50, *caput*, onde foram incluídos titulares de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República.

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

**§ 3º** - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

**Comentário:**

Em decisões proferidas em 1999, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma comissão parlamentar de inquérito é uma projeção do próprio Legislativo e que, no desempenho de suas funções de investigação "próprias de autoridades judiciais", podem colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, requisitar documentos e buscar toda e qualquer prova legalmente admitida, quebrar sigilo bancário, fiscal e de correspondência e determinar qualquer diligência que repute necessária, mas não podem prender ou mandar prender, salvo em flagrante delito e não podem determinar a apreensão, seqüestro e indisponibilidade de bens, estando proibidas também de impedir alguém de se afastar do país, por serem tais atos típicos e exclusivos de membro do Poder Judiciário. Finalmente, deixou claro o STF que qualquer medida restritiva de direitos depende, para ser reconhecida como constitucional e válida, de fundamentação pela CPI.

**§ 4º** - Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

## **SEÇÃO VIII DO PROCESSO LEGISLATIVO**

**Comentário:**

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a denominação "processo legislativo" é insatisfatória, pois dela não resulta um entendimento completo do que está no art. 59. Para esse autor, se se compreendê-lo como processo normativo, há que se excluir os incisos VI e VII, pois não são normas dotadas de generalidade e abstração. Se esse processo legislativo for entendido como elaboração de atos normativos pelo Poder Legislativo, há que se excluir o inciso V, já que é elaborado pelo Presidente



da República, segundo o art. 62. Se, finalmente, o "legislativo" que adjetiva o processo for entendido não como uma referência ao Poder, mas ao legislador, ter-se-á que excluir o inciso I, já que a elaboração de emenda constitucional não é atribuição do legislador ordinário, mas do legislador enquanto exercente do poder constituinte

verificar acima

## **SUBSEÇÃO I DISPOSIÇÃO GERAL**

**Art. 59** - O processo legislativo compreende a elaboração de:

**Comentário:**

Para Celso Bastos, não existe hierarquia entre os diversos tipos que compõem este art. 59, já que cada uma das espécies citadas têm seu campo de aptidão nitidamente traçado, pelo que não se poderá falar em hierarquia, mas em aptidão constitucional.

I - emendas à Constituição;

**Comentário:**

São proposições que visam a alterar a Constituição. São submetidas a processo especial, sujeitas à maioria de 3/5 para a aprovação e a duas votações em cada Casa. A tramitação é bicameral e não estão sujeitas ao veto ou à sanção do Executivo. Há limitações processuais, circunstanciais, materiais expressas e materiais implícitas (art. 60), como visto no capítulo do poder constituinte.

II - leis complementares;

**Comentário:**

Segundo o STF, só podem ser elaboradas quando expressamente exigidas pela Constituição. Sua aprovação está sujeita à maioria absoluta (art. 69), a tramitação é bicameral e estão sujeitas a sanção e veto do Presidente da República.

III - leis ordinárias;

**Comentário:**

São usadas para os casos em que a Constituição exija "lei" e para todas as situações, exceto aquelas em que a CF exija "lei complementar", em que se precise criar uma obrigação de fazer ou não fazer (art. 5º, II). Sua elaboração é bicameral e sujeita à maioria relativa (art. 47). Pode haver sanção ou veto do Presidente da República.

IV - leis delegadas;

**Comentário:**

São atos normativos do Presidente da República, cuja elaboração depende de autorização do Congresso Nacional (art. 68, § 2º). Podem ser submetidas, ou não, ao Congresso Nacional (art. 68, § 3º), conforme a delegação congressual seja condicionada ou não. São aptas a tratar das matérias em que caiba lei ordinária, mas com as limitações do art. 68, § 1º.

V - medidas provisórias;

**Comentário:**

São atos normativos do Presidente da República, no plano federal, têm condição de lei ordinária e vigência por trinta dias, podendo ser reeditadas (art. 62). Devem ser submetidas ao Congresso Nacional imediatamente após a publicação, para serem convertidas em lei. São aptas a tratar de matérias de lei ordinária, mas estão sujeitas a limitações expressas (art. 246) e jurisprudenciais, que apontamos nos comentários ao art. 62.

VI - decretos legislativos;

**Comentário:**

Ato legislativo, de competência do Congresso Nacional, que tramita de forma bicameral mas não está sujeito a sanção ou veto presidencial. Sujeito à maioria relativa. Apto a tratar das matérias do art. 49 e dos assuntos do Congresso.

VII - resoluções.

**Comentário:**

Ato de elaboração da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, apta a tratar das matérias dos arts. 51, 52 e 68, § 2º, respectivamente. Sujeita à maioria relativa e tramitação única em cada uma dessas esferas.

**Parágrafo único** - Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

**Comentário:**

Essa lei complementar foi feita em 1998, sob o nº 95, e introduziu várias determinações quanto ao processo legislativo. Trata-se de um instrumento que se pretende utilizar para reduzir o número de leis no Brasil e a superposição de outras tantas.

## SUBSEÇÃO II DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO

**Comentário:**

As emendas à Constituição são suscetíveis de controle de constitucionalidade, tanto pela via difusa quanto pela via concentrada. Têm, se constitucionais, a mesma hierarquia da Constituição, não havendo nenhuma distinção entre um texto e outro. As emendas constitucionais podem contradizer a Constituição, e necessariamente o fazem, para alterá-la.

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

**Comentário:**

Tem-se, aqui, a primeira das quatro limitações ao poder de emenda à Constituição. Neste caput está uma das limitações formais, ou processuais, que se caracteriza pela previsão de um processo rígido de alteração do texto da Constituição, caracterizado pela imposição de quatro votações, duas em cada Casa do Legislativo, e em todas sendo exigível o quorum de três quintos dos votos. As demais limitações processuais estão nos §§ 2º, 3º e 5º.

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

II - do Presidente da República;

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

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

**Comentário:**

Neste parágrafo está a limitação circunstancial ao poder de emenda. Na vigência dessas situações, nenhuma emenda poderá ser votada ou promulgada. É uma limitação absoluta. Não estão impedidas, contudo, a apresentação de proposta de emenda à Constituição ou a sua discussão. Apenas a votação da proposta e a promulgação da Emenda já finalizada.

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

**Comentário:**

Esses três quintos são calculados sobre o número de membros de cada uma das Casas, e não dos presentes. É, conforme se disse acima, uma limitação processual.

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

**Comentário:**

Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal não é sinônimo de Mesa do Congresso Nacional, a teor do art. 57, § 5º. Temos aqui outra limitação processual. É de se perceber que houve emendas à Constituição promulgadas, extraordinariamente, pela Mesa do Congresso Nacional as que foram elaboradas durante a revisão constitucional de 1993; mas isso ocorre porque, ao contrário do que acontece pela ordem contida no § 2º deste art. 60, em que a tramitação é bicameral (Câmara e Senado votando separadamente), o processo de revisão, nos termos do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi realizado de maneira unicameral (Congresso Nacional).

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

**Comentário:**

Aqui, nova limitação ao poder de emenda, sendo esta a limitação material, também conhecida como cláusulas pétreas, núcleo pétreo ou núcleo imodificável. É uma limitação relativa, pois restrita a determinadas matérias, e, mesmo dentro delas, às iniciativas que levem à abolição de tais princípios, pelo que uma emenda constitucional que toque em alguma dessas matérias não para aboli-la, mas para dar-lhe novo tratamento, não será, a princípio, inconstitucional.

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

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

**Comentário:**

Note que a impossibilidade de reapreciação na mesma sessão legislativa (a ordinária é de 15 de fevereiro a 15 de dezembro de cada ano, segundo o art. 57, caput) não recai sobre a proposta de emenda, que já terá sido rejeitada ou tida por prejudicada, mas, sim, sobre a matéria sobre a qual ela versa. É limitação processual ao poder de emenda à Constituição.

### **SUBSEÇÃO III DAS LEIS**

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

**Comentário:**

A iniciativa não é propriamente fase do processo legislativo, mas, sim, ato que propõe a adoção de direito novo, ou o ato que permite o início do processo de elaboração de norma jurídica. É de se observar, também, que, rigorosamente falando, nenhum dos citados dispõe de competência plena para iniciativa de projeto de lei, já que todos têm áreas limitadas ou proibidas.

**§ 1º** - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

**Comentário:**

Este parágrafo delimita a competência reservada ao Presidente da República. Sua inobservância leva à inconstitucionalidade formal. O aspecto fundamental desta iniciativa reservada está em resguardar ao seu titular a decisão sobre o momento de propor direito novo sobre determinadas matérias.

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
- c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
- d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

**Comentário:**

Apesar de estar colocada aqui como uma hipótese de iniciativa privativa do Presidente da República, o oferecimento de projeto de lei complementar sobre o Ministério Público da União pode também ser feito, facultativamente, pelo Procurador-Geral da República (art. 128, § 5º), pelo que o STF decidiu que se trata, aqui, de competência concorrente.

- e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
- f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

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

**Comentário:**

Uma das formas de democracia direta é a iniciativa popular de projeto de lei, segundo o art. 14 desta Constituição. Este parágrafo regula a matéria e estabelece requisitos numéricos mínimos de autoria.

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

**Comentário:**

Medida provisória é ato normativo reservado, pela Constituição, à iniciativa privativa do Presidente da República. E discutível o seu uso por Governadores e Prefeitos, embora a doutrina pareça se posicionar, predominantemente, pela aceitação dessa possibilidade. Elaborada pelo Presidente sobre pressupostos de urgência e relevância (ambos sujeitos à discussão tanto no Legislativo quanto no Judiciário, sendo que, neste Poder, o STF admite a discussão sobre a urgência e a relevância apenas no caso de notório abuso, sem o que aquele Tribunal entende não ser competência do Judiciário a avaliação desses pressupostos), a Medida Provisória tem status de lei ordinária e a peculiaridade de produzir efeitos imediatamente, desde a edição. Provoca suspensão da legislação anterior com ela incompatível mas, se não convertida em lei pelo Congresso Nacional, acarreta a sustação da suspensão da legislação revogada.

Sua eficácia é limitada a trinta dias, contados da edição. Se não convertida em lei, nesse período, perde sua eficácia desde aquele momento. Ou seja, é tida como não existente, e obriga o Congresso a editar decreto legislativo que regulamenta as relações jurídicas formadas sobre seus termos.

A reedição, segundo a jurisprudência do STF, é inconstitucional se houve votação e rejeição no Congresso. Se, entretanto, não foi votada, e persistirem os pressupostos de relevância e urgência, pode haver reedição, sendo necessário, no entender do Supremo Tribunal Federal e também de outros Tribunais Federais, que a reedição ocorra no prazo de validade da medida provisória anterior.

Finalmente, o STF e a doutrina reconhecem diversas limitações ao uso de medida provisória. Assim, não podem ser usadas para disciplinar: matéria reservada, pela Constituição, a lei complementar; matérias indelegáveis, embora o STF admita o trato de algumas, como a constante no inciso II do § 1º do art. 68, por medida provisória; matéria penal, submetida que está ao princípio da legalidade estrita, e, portanto, ao art. 5º, II; matéria geral financeira; orçamentos, embora a doutrina admita o uso de medida provisória para cuidar de matéria orçamentária; e matéria geral tributária, uma vez que o art. 146 a reserva para lei complementar. O STF, neste último caso, tem admitido

expressamente o uso de medida provisória para cuidar de matéria tributária fora daqueles casos e até para instituir tributos.

**§ 1º** - É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

**§ 2º** Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

**§ 3º** As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

**§ 4º** O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

**§ 5º** A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

**§ 6º** Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

**§ 7º** Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

**§ 8º** As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

**§ 9º** Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

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

**§ 11.** Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

**§ 12.** Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

**Art. 63** - Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no **art. 166, §§ 3º e 4º**;

II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público.

**Comentário:**

Essa limitação ao poder de emenda a projeto de lei não impede que aqueles de origem no Presidente da República sejam alterados. A proibição é, apenas, de que os membros do Congresso, por emenda, aumentem a despesa originariamente prevista no projeto.

**Art. 64** - A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

**§ 1º** - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

**Comentário:**

A Constituição trata, aqui, do processo legislativo abreviado, ou desconcentrado. A doutrina aponta que o processo legislativo concentrado daria prazo de quarenta e cinco dias ao Congresso, e não a cada uma de suas Casas.

**§ 2º** - Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

**Comentário:**

O prazo de quarenta e cinco dias é para cada uma das duas Casas, e não comum às duas. O sobrestamento é a proibição constitucional de que outra matéria seja votada até que se decida, aprovando ou rejeitando, o projeto sob regime de urgência. Esse sobrestamento ocorrerá na pauta da Câmara ou do Senado, conforme seja neste ou naquela em que o prazo chegue ao fim sem decisão.

**§ 3º** - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no **parágrafo anterior**.

**Comentário:**

A proposição em regime de urgência constitucional está sujeita, contudo, aos prazos regulamentares de veto, razões do veto e apreciação das razões do veto pelo Congresso, nos termos do art. 66.

**§ 4º** - Os prazos do **§ 2º** não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

**Comentário:**

Os recessos do Congresso ocorrem em julho e de 15 de dezembro a 15 de fevereiro. Código é uma lei temática, ou seja, uma lei, geralmente com grande número de artigos, que trata de todo um tema, como trânsito, consumidor, criança e adolescente.

**Art. 65** - O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

**Comentário:**

Essa revisibilidade é um ato continuado. Para Mortati, ato continuado é aquele cujos efeitos são alcançados por meio de mais de uma declaração de vontade do mesmo órgão.

**Parágrafo único** - Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

**Comentário:**

Na Casa iniciadora somente as emendas serão apreciadas. Se aprovadas, será o projeto remetido ao Presidente da República, para sanção ou veto, como manda o capta do próximo artigo. Se rejeitadas, as alterações impostas pela Casa revisora são arquivadas e a Casa iniciadora manda o projeto mantido à sanção do Presidente da República.

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

**Comentário:**

A sanção é ato de concordância do Presidente da República com os termos do projeto de lei, e o transforma em lei, pronta para promulgação e publicação. O veto, reversamente, é ato de oposição ao projeto, total ou parcialmente.

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

**Comentário:**

O veto total não impede o Congresso Nacional de acolher parte dele e rejeitar outras. Para Themístocles Brandão Cavalcanti, o veto total é um conjunto de vetos parciais, que pode ser desmembrado em suas partes componentes. O veto é ato privativo do chefe do Poder Executivo, que gera efeitos suspensivos sobre a vigência e eficácia do texto do projeto de lei em debate, os quais são superáveis pelo Congresso Nacional.

**§ 2º** - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

**Comentário:**

É inconstitucional, portanto, o veto de expressões ou de palavras.

**§ 3º** - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

**Comentário:**

Trata-se, aqui, da figura da sanção tácita, e que abre ao Presidente da República prazo de quarenta e oito horas para a promulgação, nos termos do § 7º.

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

**Comentário:**

A deliberação sobre as razões do veto é, portanto, assunto do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Não obtida a maioria absoluta pedida, o veto será mantido, independentemente do número de votos dados à manutenção.

**§ 5º** - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

**Comentário:**

Se o veto, em contrário, for mantido, a matéria vetada sai do texto da lei (caso o veto não tenha sido total) e a promulgação será do texto em mãos do Presidente da República. Nas partes vetadas será publicada a designação (vetado).

Para Pontes de Miranda, a promulgação constitui uma mera atestação da existência da lei e comunicação de sua executoriedade. Seus efeitos são tornar conhecidos os fatos e atos geradores da lei, atestar que a lei é válida, executável e obrigatória, até que a Justiça diga o contrário. A promulgação e a publicação não integram o processo legislativo, são atos externos a ele. O ato que se segue à promulgação é a publicação, que consiste numa comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando de sua existência e conteúdo. Para José Afonso da Silva, é a promulgação que se publica, não propriamente o ato normativo.

**§ 6º** - Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

**Comentário:**

Sobrestamento é a suspensão da deliberação sobre todas as demais matérias, permanecendo o veto como ponto único na pauta congressual, em companhia, apenas, das medidas provisórias. Ao contrário do sobrestamento previsto no art. 64, do qual já se falou, aqui se tem o sobrestamento por não-deliberação das razões do veto, e produzirá seus efeitos sobre a pauta de votações do Congresso Nacional, não operando nenhuma consequência sobre as votações da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, individualmente. Ainda, percebe-se que as medidas provisórias, matéria de competência do Congresso, unicameralmente, não sofrerão os efeitos do sobrestamento, já que sua tramitação é presa a prazos muito curtos.

**§ 7º** - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

**Comentário:**

Os três prazos de 48 horas são seqüenciais: o primeiro é aberto ao Presidente da República. Se ele dele não fizer uso, abre-se um segundo lapso, para o Presidente do Senado. Se, finalmente, ainda não ocorrer a promulgação, o Vice-Presidente do Senado Federal será obrigado a fazê-lo, num terceiro prazo de 48 horas. Isso mostra que a promulgação, ao contrário do que consta no art. 84, IV, não é ato privativo do Presidente da República.

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

**Comentário:**

Ao contrário do que acontece com a matéria de proposta de emenda à Constituição (art. 60, § 5º), a constante de projeto de lei rejeitado pode voltar à votação na mesma sessão legislativa, em que reapresentada, em novo projeto, por autores em número igual, pelo menos, à maioria absoluta de deputados federais ou senadores.

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

**Comentário:**

A Constituição não abordou expressamente as delegações *interna corporis*, mas elas existem no art. 58, § 2º, I, onde é dado poder terminativo às Comissões, para votar projeto de lei em matéria de sua competência, contornando a votação pelo Plenário da Casa. As principais características das leis delegadas é que são elaboradas apenas pelo Presidente da República, a partir de delegação congressual, podem não ser apreciadas pelo Congresso e, se forem, não poderão ser emendadas. A doutrina define lei delegada como ato normativo primário, derivado da própria Constituição, elaborado e editado pelo Presidente da República em razão de autorização expressa do Congresso Nacional, constituindo-se verdadeira delegação externa de função legiferante. Segundo Nelson de Souza Sampaio, em obra revisada pelo professor Uadi Lamêgo Bulos, as razões da legislação delegada seriam a falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga de matérias, o caráter eminentemente técnico de certas matérias, aspectos imprevisíveis de certas matérias a serem reguladas, exigência de flexibilidade de certas regulamentações e situações extraordinárias e de emergência.

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

- I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
- III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

**Comentário:**

Temos, aqui, as matérias indelegáveis. É de se lembrar que tais matérias não podem ser tratadas nem por lei delegada nem por medida provisória, embora ajuris prudência do STF venha aceitando expressamente o uso desse instrumento excepcional de legislação para os casos do inciso II.



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

**Comentário:**

A delegação pode ser típica, ou própria, quando a possibilidade prevista no § 3º, abaixo, não for usada, isto é, quando a lei delegada não precisar voltar ao Congresso para votação. Pode, também, ser atípica, ou imprópria, quando o Congresso determina, na resolução delegatória, a necessidade de o projeto ser por ele votado. Se os limites impostos pela resolução delegatória não forem respeitados, o Congresso, valendo-se do veto legislativo (art. 49, V) poderá sustar a parte da lei delegada que exorbitou.

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

**Comentário:**

Tem-se, aqui, a delegação imprópria ou condicionada, que exige a devolução, pelo Presidente da República, do projeto de lei delegada ao Congresso Nacional, onde será votado. A vedação de emendas é entendida como dirigida às emendas de mérito, não impedindo aperfeiçoamentos redacionais ou de técnica legislativa.

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

**Comentário:**

Segundo Alexandre de Moraes, a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de dificuldades para futuras alterações, mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações pelo processo legislativo ordinário, mais simples e mais fácil de ser realizado, em virtude do quorum mais baixo de decisão. Assim, o constituinte elegeu a lei complementar, cuja dificuldade de alteração é intermediária entre a emenda à Constituição e a lei ordinária. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente pode ser usada lei complementar nos casos em que a Constituição expressamente exigiu essa espécie normativa. O uso de lei ordinária, nesses casos, configura inconstitucionalidade formal.

## **SEÇÃO IX DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA**

**Art. 70** - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

**Comentário:**

O controle interno é de natureza administrativa, feito por funcionários especializados e por seus superiores hierárquicos. O controle externo é atribuição constitucional exclusiva do Poder Legislativo, como se vê, para o plano federal, no art. 49, X. O controle financeiro é de receita e despesa; o controle operacional, de resultados; o controle patrimonial, de acréscimo e diminuição de patrimônio. A fiscalização quanto à legalidade visa a controlar a conformidade com a lei; quanto à legitimidade implica o exame de mérito, para verificar a oportunidade e a conveniência do ato e sua conformidade orçamentária; quanto à economicidade, para avaliar se, na aplicação da receita pública, procedeu-se com economia, com atenção à relação custo-benefício.

**Parágrafo único** - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

**Comentário:**

A Emenda à Constituição nº 19 contemplou este dispositivo com uma redação mais técnica e mais completa, superando uma nítida deficiência do texto original. Até essa Emenda, eram obrigadas a prestar contas "qualquer pessoa física ou entidade pública" que usasse dinheiro público; agora,

"qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada". A melhora merece aplausos, pois é sabido na doutrina especializada que não é a condição da pessoa que impõe a obrigação de prestar contas, mas, sim, a natureza pública dos recursos financeiros gastos, guardados, gerenciados ou administrados.

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

**Comentário:**

Este caput traz três informações: primeiro, o controle externo é de natureza política, ou político-institucional; segundo, o titular do controle externo em âmbito federal é o Congresso Nacional; terceiro, o TCU atua como órgão auxiliar desse controle.

**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;

**Comentário:**

O TCU apenas aprecia tais contas, uma vez que o julgamento é competência do Congresso Nacional, pelo art. 49, IX. O dever presidencial de prestar tais contas está pre visto no art. 84, XXIV. Se não prestadas no prazo, incumbe à Câmara dos Deputados tomá-las, a teor do art. 51, II.

**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;

**Comentário:**

Esse "julgamento" não é, absolutamente, um julgamento judiciário, mas puramente administrativo, pois que não se julga a pessoa, mas as contas por ela prestadas.

**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;

**Comentário:**

Se esses atos forem legais, são registrados pelo TCU e passam, somente depois disso, a produzir seus efeitos jurídicos. Se não, o TCU assina prazo para que sejam saneados. Veja que a difícil redação deste inciso impede uma compreensão imediata de sua extensão. Traduzindo-o: todos os atos de admissão de pessoal, exceto para cargos em comissão, somente produzirão seus efeitos legais se registrados pelo TCU. E todo e qualquer ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão depende dessa apreciação e registro para produzir efeitos. Os eventuais atos posteriores a esses de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, contudo, poderão alterar ou não os fundamentos jurídicos daqueles benefícios. Alterando-os, também esses atos posteriores dependem de avaliação pelo TCU; não alterando tais fundamentos, a apreciação é constitucionalmente dispensada.

**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**;

**Comentário:**

O TCU dispõe de poder constitucional de realizar auditorias e inspeções por iniciativa própria, não dependendo de provocação externa. Note-se que, pela redação, até as unidades administrativas do próprio Legislativo, de quem o TCU é órgão auxiliar, poderão ser auditadas e inspecionadas.

**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;

**Comentário:**

Aqui, uma vez mais, a demonstração de que a existência de envolvimento de dinheiro público federal torna as contas fiscalizáveis. Empresa supranacional é a que atua em vários países, podendo ter sede brasileira ou estrangeira.

**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;

**Comentário:**

Ao contrário do que consta na jurisprudência dos Tribunais Superiores, onde se lê que os recursos repassados pela União àqueles entes políticos deixam de ser federais e passam a ser estaduais, distritais ou municipais, este inciso permite, ainda assim e apesar disso, a fiscalização pelo TCU.

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

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

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

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

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

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

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

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

**Comentário:**

Essa eficácia permite o ajuizamento de ação de execução, diretamente, sem passar pelo processo de conhecimento, cujas finalidades já foram preenchidas pelo processo realizado pelo próprio Tribunal de Contas da União. Percebe-se, assim, que a atuação do TCU é limitada ao processamento e julgamento das contas e à imposição de multa e reparação ao Erário, não podendo esse tribunal, que é órgão administrativo, não-judicial, executar as suas próprias decisões.

**§ 4º** - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

**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.

**Art. 73** - O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no **art. 96**.

**Comentário:**

O art. 96 trata das competências genéricas dos tribunais judiciais. Tais competências, como a de eleger órgãos diretivos, elaborar o regimento interno, dispor sobre seus órgãos e serviços, prover seus cargos e outros, são estendidas, por este artigo, ao TCU.

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

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no **inciso anterior**.

**§ 2º** - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

**§ 3º** - Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

#### **Comentário:**

A nova redação imposta pela Emenda nº 20 eliminou o regime especial de aposentadoria de Ministros do Tribunal de Contas da União, que, agora, passam a integrar o regime dos servidores públicos.

**§ 4º** - O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

**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.

**§ 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.

#### **Comentário:**

Tem-se, aqui, uma das formas de exercício direto de poder pelo povo, através da possibilidade de vir a ser comunicada a irregularidade ou ilegalidade de atuação de agentes públicos, provocando a investigação, processamento e julgamento dos envolvidos.

**Art. 75** - As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

**Parágrafo único** - As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

## CAPÍTULO II DO PODER EXECUTIVO

### **Comentário:**

Na classificação de Maurice Duverger, o nosso Poder Executivo é monocrático, porque exercido por uma só pessoa.

### **(BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE TEORIA GERAL DO ESTADO)**

#### **FORMA E SISTEMA DE GOVERNO – CHEFIA DE ESTADO E CHEFIA DE GOVERNO**

A classificação tríplex de formas de governo intentada por Aristóteles (monarquia, aristocracia e democracia), esta última com conotação negativa, como se viu acima, em outro ponto, foi abandonada com o aparecimento da classificação de Nicolau Maquiavel, que as reduziu a apenas duas: a monarquia e a república.

Dalmo Dallari percorre, em sua grande obra, desta forma o problema:

"A monarquia é uma forma de governo que já foi adotada, há muitos séculos, por quase todos os Estados do mundo. Com o passar dos séculos, ela foi sendo gradativamente enfraquecida e abandonada. Quando nasce o Estado Moderno a necessidade de governos fortes favorece o ressurgimento da monarquia, não sujeita a limitações jurídicas, donde o qualificativo de monarquia absoluta. Aos poucos, entretanto, vai crescendo a resistência ao absolutismo e, já a partir do final do século XVIII, surgem as monarquias constitucionais. O rei continua governando, mas está sujeito a limitações jurídicas, estabelecidas na Constituição. Depois disso, ainda surge outra limitação ao poder do monarca, com a adoção do parlamentarismo pelos Estados monárquicos. Adotando o sistema parlamentar de governo, com a manutenção da monarquia, o monarca não mais governa, mantendo-se apenas como Chefe de Estado, tendo quase que só atribuições de representação, não de governo, pois passa a ser exercido por um Gabinete de Ministros.

As características fundamentais da monarquia, das quais decorrem os argumentos favoráveis e contrários a ela, são:

*Vitaliciedade.* O monarca não governa por um tempo certo e limitado, podendo governar enquanto viver ou enquanto tiver condições para continuar governando;

*Hereditariedade.* A escolha do monarca se faz pela simples verificação da linha de sucessão. Quando morre o monarca ou deixa o governo por qualquer outra razão, é imediatamente substituído pelo herdeiro da coroa. Houve alguns casos de monarquias eletivas, em que o monarca era escolhido por meio de eleições, podendo votar apenas os príncipes eleitores. Mas a regra sempre foi a hereditariedade;

*Irresponsabilidade.* O monarca não tem responsabilidade política, isto é, não deve explicações ao povo ou a qualquer órgão sobre os motivos pelos quais adotou certa orientação política.

A favor da monarquia, os seus adeptos, cujo número é atualmente bastante reduzido, usam os seguintes argumentos: 1º) Sendo vitalício e hereditário, o monarca está acima das disputas políticas, podendo assim intervir com grande autoridade nos momentos de crise política. 2º) O monarca é um fator de unidade do Estado, pois todas as correntes políticas têm nele um elemento superior, comum. 3º) Sendo o ponto de encontro das correntes políticas, e estando à margem das disputas, o monarca assegura a estabilidade das instituições. 4º) Além disso tudo, o monarca é alguém que, desde o nascimento, recebe uma educação especial, preparando-se para governar. Na monarquia não há, portanto, o risco de governantes despreparados.

Contra a monarquia são os seguintes os argumentos mais freqüentes: 1º) Se o monarca não governa é uma inutilidade, geralmente muito dispendiosa, que sacrifica o povo sem qualquer proveito. 2º) A unidade do Estado e a estabilidade das instituições não podem depender de um fator pessoal, mas devem repousar na ordem jurídica, que é um elemento objetivo e muito mais eficaz. 3º) Se o monarca efetivamente governa, será extremamente perigoso ligar o destino do povo e do Estado à sorte de um indivíduo e de sua família. Mesmo com a educação especial que se ministra ao herdeiro da coroa, não têm sido raros os exemplos de monarcas desprovidos das qualidades de liderança e de eficiência que se exigem de um governante. 4º) A monarquia é essencialmente antidemocrática, uma vez que não assegura ao povo o direito de escolher seu governante.

E como o monarca é hereditário, vitalício e irresponsável dispõe de todos os elementos para sobrepor sua vontade a todas as demais, desaparecendo, pois, a supremacia da vontade popular, que deve ser mantida permanentemente nos governos democráticos.

O que a realidade nos mostra é que a monarquia vai perdendo adeptos e vai desaparecendo como forma de governo, havendo atualmente, no mundo todo, apenas cerca de vinte Estados com governo monárquico.

A república, que é a forma de governo que se opõe à monarquia, tem um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo. Na Antiguidade há referências à república, mas o sentido que se dá ao termo não corresponde ao moderno, como se verifica, por exemplo, com a expressão "república romana", que identifica o próprio Estado e não sua forma de governo. Modernamente, é com MAQUIAVEL que aparece o termo república, em oposição a monarquia.

O desenvolvimento da idéia republicana se deu através das lutas contra a monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular. Desde o século XVIII muitos teóricos e líderes pregavam a abolição da monarquia, considerada um mal em si mesma, não lhes parecendo que bastasse limitá-la por qualquer meio. Exemplo bem expressivo dessa opinião são os escritos de JEFFERSON, que chegou a dizer que as sociedades sem governo ainda são melhores que as monarquias. Tendo visitado vários Estados europeus, todos monárquicos, JEFFERSON ficou de tal forma impressionado que escreveu em carta a GEORGE WASHINGTON: "Eu era inimigo ferrenho de monarquias antes de minha vinda à Europa. Sou dez mil vezes mais desde que vi o que elas são. Não há, dificilmente, um mal que se conheça nestes países, cuja origem não possa ser atribuída a seus reis, nem um bem que não derive das pequenas fibras de republicanismo existente entre elas. Posso acrescentar, com segurança, que não há, na Europa, cabeça coroada cujo talento ou cujos méritos lhe dessem direito a ser eleito pelo povo conselheiro de qualquer paróquia da América". Ao mesmo tempo em que se apontavam os males da monarquia, aumentava a exigência de participação do povo no governo, surgindo a república, mais do que como forma de governo, como o símbolo de todas as reivindicações populares. A república era expressão democrática de governo, era a limitação do poder dos governantes e era a atribuição de responsabilidade política, podendo, assim, assegurar a liberdade individual. E a implantação do governo republicano na América com a comprovação de suas vantagens, sobretudo com a demonstração de que a possibilidade de substituir os governantes periodicamente aproximava o povo do governo, estimulou os anseios republicanos de outros povos.

Mas a monarquia, aceitando as limitações constitucionais e fazendo outras concessões, ainda resistiria durante o século XIX em grande número de Estados. Mas desde o início do século XX, primeiro sob influência das transformações econômicas e, depois, da Primeira Guerra Mundial, começou a liquidação das monarquias, que a Segunda Guerra Mundial iria acelerar. Atualmente, qualquer pretensão monarquista é vista como um anacronismo e uma originalidade, não havendo um só movimento significativo no sentido de uma restauração monárquica.

As características fundamentais da república, mantidas desde o século XVII e que foram a razão de seu prestígio e de sua receptividade, são as seguintes:

*Temporalidade.* O Chefe do Governo recebe um mandato, com o prazo de duração predeterminado. E para evitar que as eleições reiteradas do mesmo indivíduo criasse um paralelo com a monarquia, estabeleceu-se a proibição de reeleições sucessivas.

*Eletividade.* Na república o Chefe do Governo é eleito pelo povo, não se admitindo a sucessão hereditária ou por qualquer forma que impeça o povo de participar da escolha.

*Responsabilidade.* O Chefe do Governo é politicamente responsável, o que quer dizer que ele deve prestar contas de sua orientação política, ou ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular.

Essas características básicas, entretanto, sofreram adaptações segundo as exigências de cada época e de cada lugar, surgindo peculiaridades que não chegaram a desfigurar o regime.

Além da distinção entre monarquia e república, outras classificações podem ser feitas de acordo com certas características que se tornaram clássicas. Assim, as relações entre o Legislativo e o Executivo determinaram a configuração de dois sistemas, o Parlamentarismo e o Presidencialismo, que por longo tempo disputaram a primazia, tanto na monarquia quanto na república. O exame das características desses dois sistemas e de sua evolução é indispensável para que se possa fazer a identificação das tendências do Estado contemporâneo.

Em linhas gerais, são as seguintes as características do parlamentarismo:

**Distinção entre Chefe de Estado e Chefe de Governo.** O Chefe de Estado, monarca ou Presidente da República, não participa das decisões políticas, exercendo preponderantemente uma função de representação do Estado. Sendo secundária sua posição, em termos políticos, é normal nas repúblicas parlamentares que sua escolha seja feita por eleição no Parlamento e que seu mandato seja relativamente longo. É inegável, todavia, que o Chefe de Estado é uma figura importante, pois, além das funções de representação e além de atuar como vínculo moral do Estado, colocado acima das disputas políticas, ele desempenha um papel de especial relevância nos momentos de crise, quando é necessário indicar um novo Primeiro Ministro à aprovação do Parlamento. Essa indicação é extremamente difícil, muitas vezes, nos sistemas pluripartidários, pois deve ser escolhido alguém que revele estar em condições de compor um Gabinete que obtenha a aprovação da maioria parlamentar.

O Chefe de Governo, por sua vez, é a figura política central do parlamentarismo, pois é ele que exerce o poder executivo. Como já foi assinalado, ele é apontado pelo Chefe de Estado para compor o governo e só se torna Primeiro Ministro depois de obter a aprovação do Parlamento. Por esse motivo é que muitos consideram o Chefe do Governo, no parlamentarismo, um delegado do Parlamento, pois ele só pode assumir a chefia do governo e permanecer nela, como se verá em seguida, com a aprovação da maioria parlamentar. Como assinalou LOEWENSTEIN, não há como sustentar que no parlamentarismo se preserva a separação dos poderes.

Chefia do governo com responsabilidade política. O Chefe do Governo, aprovado pelo Parlamento, não tem mandato com prazo determinado, podendo permanecer no cargo por alguns dias ou por muitos anos, ambas as hipóteses já tendo ocorrido na prática. Há dois fatores que podem determinar a demissão do Primeiro Ministro e de seu Gabinete (ou a queda do governo, segundo a gíria política): a perda da maioria parlamentar ou o voto de desconfiança. Num sistema bipartidário, quando se realizam eleições para o Parlamento, a chefia do governo está sempre em jogo. Se o partido a que pertence o Primeiro Ministro conseguir manter a maioria parlamentar, ele permanece no cargo. Se, pelo contrário, o maior número de cadeiras for conquistado por outro partido, este automaticamente, adquire a chefia do governo, devendo ser escolhido entre os seus membros o novo Primeiro Ministro.

Num sistema pluripartidário é preciso verificar se ainda subsiste a coligação majoritária, para que se mantenha o Primeiro Ministro. A coligação pode ser desfeita por desentendimentos entre os seus componentes, ou pode tornar-se minoritária em consequência do resultado de novas eleições. Em ambos os casos o Primeiro Ministro perde sua base de sustentação política e deve demitir-se. Outro fator que determina a demissão do Primeiro Ministro é a aprovação de um voto de desconfiança pelo Parlamento. Se um parlamentar desaprova, no todo ou num importante aspecto particular, a política desenvolvida pelo Primeiro Ministro, propõe um voto de desconfiança. Se este for aprovado pela maioria parlamentar, isso revela que o Chefe do Governo está contrariando a vontade da maioria do povo, de quem os parlamentares são representantes. Assim sendo, deve demitir-se. Às vezes, embora muito raramente, o Primeiro Ministro considerava o voto de desconfiança produto de um desentendimento ocasional ou secundário e não se considera obrigado a demitir-se. Nesse caso, o comportamento da maioria em novas votações é que decide se ele deve ou não continuar no cargo.

*Possibilidade de dissolução do Parlamento.* Uma característica importante do sistema inglês é a possibilidade de ser dissolvido o Parlamento, considerando-se extinto o mandato dos membros da Câmara dos Comuns antes do prazo normal. Isso pode ocorrer quando o Primeiro Ministro percebe que só conta com uma pequena maioria e acredita que a realização de eleições gerais irá resultar numa ampliação dessa maioria. Ou então, e isto se aplica mais aos sistemas pluripartidários, quando o Primeiro Ministro recebe um voto de desconfiança, mas entende que o Parlamento é que se acha em desacordo com a vontade popular. Nesses casos ele pode pedir ao Chefe do Estado que declare extintos os mandatos e, pelo mesmo ato, convoque novas eleições gerais. Realizadas as eleições, seu resultado determinará a permanência do Primeiro Ministro, se continuar com a maioria, ou sua demissão, se contar apenas com a minoria dos novos representantes eleitos.

Como características básicas do governo presidencial, podem ser indicadas as seguintes:

*O Presidente da República é Chefe do Estado e Chefe do Governo.* O mesmo órgão unipessoal acumula as duas atribuições, exercendo o papel de vínculo moral do Estado e desempenhando as funções de representação, ao mesmo tempo em que exerce a chefia do Poder Executivo. Esta última atribuição foi a que passou pelo processo de definição mais acentuado. Com efeito, no final do século XVIII o Estado era simples vigilante da vida social, razão pela qual se pensou no Presidente da República na condição de mero executor das leis que fossem aprovadas pelo Legislativo. Entretanto, já no século XIX começaram a surgir novas exigências, obrigando o Presidente a tomar decisões freqüentes e rápidas sobre os mais variados assuntos. E essas necessidades aumentaram enormemente no século XX. Tudo isso deu ao Presidente as características de verdadeiro Chefe de Governo, pois além das funções estritamente executivas ele desempenha atribuições políticas de grande relevância, numa autêntica função governativa.

*A chefia do Executivo é unipessoal.* A responsabilidade pela fixação das diretrizes do Poder Executivo cabe exclusivamente ao Presidente da República. Naturalmente, por motivos de ordem prática, ele se apóia num corpo de auxiliares diretos, de sua inteira confiança, para obter conselhos e informações. Desde muito cedo, já na presidência de George Washington, esse corpo de auxiliares especiais passou a ser designado como Gabinete da Presidência, tendo crescido muito sua influência nos últimos tempos, a partir da Segunda Guerra Mundial. Mas esse corpo de auxiliares não é previsto na Constituição e não compartilha da responsabilidade do presidente pelas decisões. Além disso, ele é demissível a qualquer momento, pois assim como o presidente não necessita da concordância do Congresso para escolhê-los, não depende também do Legislativo para sua manutenção ou substituição. Acentuando-se o caráter unipessoal da presidência, verifica-se que o vice-presidente,

escolhido juntamente com o presidente, não tem qualquer atribuição, só podendo tomar conhecimento dos assuntos do governo quando são públicos, ou quando o Presidente da República o permite.

*O Presidente da República é escolhido pelo povo.* Este aspecto exige especial consideração para ser bem entendido. Quando se discutiu a Constituição do Estado norte-americano, MADISON, num dos artigos de "O Federalista", destinado a esclarecer as bases do novo sistema, tratou especialmente do Governo do novo Estado. Seu primeiro cuidado foi insistir no caráter republicano do governo, parecendo-lhe, conforme suas expressões, "evidente que nenhuma outra seria conciliável com o gênio do povo americano". Pareceu-lhe, no entanto, que seria indispensável fixar bem claramente as características da república, o que ele faz em seguida, acentuando dois pontos básicos: a) *é essencial* que semelhante governo derive do grande conjunto da sociedade, não de uma parte inapreciável, nem de uma classe privilegiada dela; b) *é suficiente* para esse governo que as pessoas que o administrem sejam designadas direta ou indiretamente pelo povo.

A Constituição norte-americana, atendendo às peculiaridades da época de sua elaboração, atribuiu a um colégio eleitoral a competência para eleger o Presidente da República em nome do povo. Cada Estado adquiriu o direito a tantos votos eleitorais quantos forem os seus representantes na Câmara e no Senado. Designados, de início, pelos Legislativos dos Estados, esses eleitores votariam nos seus respectivos Estados, remetendo-se os votos para a Capital Federal. Esse processo revela bem a reduzida importância que se deu à chefia do Executivo, pois os colégios eleitorais dos Estados, sem manterem qualquer contato entre si e sem um conhecimento direto dos líderes federais, dificilmente poderiam fazer uma escolha que correspondesse, efetivamente, à vontade do povo.

Aos poucos, porém, foi sendo ampliada a importância do Presidente da República, passando-se a consultar o povo sobre os candidatos à presidência. A evolução atingiu um ponto em que, por disposição constitucional, quem elege o chefe do Executivo ainda é o Colégio Eleitoral, mas, na prática, a votação popular tem importância fundamental. Pelo sistema de votos eleitorais, todos os votos de um Estado cabem ao partido que obtiver nele a maioria dos votos populares. Isso, na verdade, não elimina a importância jurídica da participação do povo. Entretanto, como grande número de eleitores norte-americanos ignora que escolhe diretamente o Colégio Eleitoral e não o presidente, e como se tornou imperativa a concordância inequívoca do povo para que o governo seja considerado democrático, já se pensa seriamente na eliminação do Colégio Eleitoral. Na quase totalidade dos sistemas derivados do modelo norte-americano consagrou-se a eleição direta pelo povo, o que se torna mais necessário quando se põe em dúvida a autenticidade da representação política.

*O Presidente da República é escolhido por um prazo determinado.* Para assegurar o caráter democrático do governo foi estabelecida a escolha por eleições. Entretanto, pouco adiantaria a adoção desse processo se o presidente, uma vez eleito, pudesse permanecer indefinidamente no cargo. Isso não passaria de uma forma de monarquia eletiva. Para que isso não aconteça, o chefe do Executivo, no regime presidencial, é eleito por um prazo fixo predeterminado, findo o qual o povo é novamente chamado a escolher um novo governante. No sistema norte-americano não se estabeleceu, de início, a proibição de reeleições para períodos imediatos. Contra essa omissão houve expressa manifestação de JEFFERSON, que observou que a possibilidade ilimitada de reeleições daria caráter vitalício à investidura, e daí seria fatal que se passasse à hereditariedade. Mantido o silêncio constitucional, criou-se a praxe de um máximo de dois períodos consecutivos para cada presidente, o que foi respeitado até o período de Franklin Roosevelt, que, valendo-se das circunstâncias da guerra, foi eleito para um terceiro período consecutivo. Esse fato despertou reação e fez com que se aprovasse uma emenda constitucional, incorporada à Constituição em 27 de fevereiro de 1951, estabelecendo o limite máximo de dois períodos consecutivos. Na maioria dos Estados que adotaram a forma presidencial de governo a solução foi drástica, proibindo-se qualquer reeleição para um período imediato.

*O Presidente da República tem poder de veto.* Orientando-se pelo princípio da separação dos poderes, os constituintes norte-americanos atribuíram ao Congresso, composto de Câmara e Senado, a totalidade do Poder Legislativo. Entretanto, para que não houvesse o risco de uma verdadeira ditadura do Legislativo, reduzindo-se o chefe do Executivo à condição de mero executor automático das leis, lhe foi concedida a possibilidade de interferir no processo legislativo através de veto. Os projetos aprovados pelo Legislativo, a não ser que se trate de uma das raras hipóteses de competência exclusiva do Poder Legislativo, devem ser remetidos ao Presidente da República para receberem sua sanção, que é a manifestação de concordância. Se considerar o projeto inconstitucional ou inconveniente, o presidente veta-o, negando-lhe sanção e comunicando o veto ao Legislativo. Este deve, então, apreciar o veto do presidente mediante votação especial. Se o acolher, o projeto está rejeitado, mas se, pelo contrário, houver rejeição do veto, o projeto se considera aprovado, mesmo contra o desejo expresso do Chefe do Executivo. Em muitos Estados considerou-se insuficiente essa participação do Presidente da República no processo Legislativo, tendo-se-lhe concedido a possibilidade de enviar projetos de lei ao Poder Legislativo, ficando este obrigado a discutir e votar o projeto.



Na verdade, porém, essas peculiaridades não chegam a criar um novo tipo de governo, razão pela qual todas elas são consideradas variações do tipo inglês de governo. Quanto às razões que determinam seu aparecimento, não é difícil explicá-las. Houve, antes de tudo, o temor dos excessos do poder pessoal e, em consequência, o desejo de transferir a maior soma de poder político para os Parlamentos. Isso ficou muito evidente depois da Primeira Guerra Mundial quando em toda a Europa os Estados adotaram novas constituições introduzindo o parlamentarismo. Observando o fenômeno, MIRKINE-GUETZÉVITCH assinalou que a tendência essencial do constitucionalismo europeu daquele período era a procura de racionalização do poder. E compreendendo que o problema básico dessa racionalização estava nas relações entre o Legislativo e o Executivo, deram preferência à absoluta predominância do Legislativo, acreditando-o o mais equilibrado e menos sujeito aos riscos do personalismo. E ele próprio acentuou que a lembrança da guerra e dos grandes erros das monarquias estava contribuindo para acentuar esse desejo de organizar governos racionais, tomando o parlamentarismo por modelo.

Os defensores do parlamentarismo consideram-no, de fato, mais racional e menos personalista, porque atribui responsabilidade política ao chefe do executivo e transfere ao Parlamento, onde estão representadas todas as grandes tendências do povo, a competência para fixar a política do Estado, ou, pelo menos, para decidir sobre a validade da política fixada. Os que são contrários a esse tipo de governo argumentam com sua fragilidade e instabilidade, sobretudo na época atual em que o Estado não pode ficar numa atitude passiva, de mero vigilante das relações sociais. Já tendo passado dessa fase para a de participação ativa na organização da sociedade e, mais recentemente, para um período em que sua iniciativa é esperada e até exigida, o Estado precisa de mais dinamismo e mais energia, que não se encontram no parlamentarismo. E o reconhecimento dessa nova situação, aliado ao desejo de preservar o regime, tem levado à construção de sistemas híbridos, que só com muito esforço poderiam ser considerados uma simples variação do sistema parlamentar. Assim, pois, em face das novas condições de vida social e da nova situação do Estado, parece evidente que este não tende para o parlamentarismo, não se podendo afirmar que ele seja umas das opções necessárias do mundo contemporâneo.

O que se verifica na prática é que novas formas de governo vão surgindo, aproveitando elementos do parlamentarismo e do presidencialismo, mas introduzindo alterações substanciais. O exemplo mais expressivo dessas inovações é o sistema francês criado pela Constituição de 1958, que não é parlamentarismo nem presidencialismo.

O regime presidencial tem sido preferido nos lugares e nas épocas em que se deseja o fortalecimento do Poder Executivo, sem quebra da formal separação dos Poderes. A seu favor argumenta-se com a rapidez com que as decisões podem ser tomadas e postas em prática. Além disso, cabendo ao Presidente da República decidir sozinho, sem responsabilidade política perante o parlamento, existe unidade de comando, o que permite um aproveitamento mais adequado das possibilidades do Estado, sem a necessidade de transigências e adaptações que deformam qualquer diretriz política. Por último, alega-se que o presidencialismo assegura maior energia nas decisões, pois sendo o responsável pela política e tendo os meios para aplicá-la, o Presidente da República, naturalmente interessado no êxito de sua política, tudo fará para o que o Estado atue com o máximo de suas possibilidades. E essas três características, a rapidez no decidir e no concretizar as decisões, a unidade de comando e a energia na utilização dos recursos do Estado, tudo isso é considerado altamente vantajoso numa época em que se procura aumentar a eficiência do Estado, não enfraquecendo-lo.

O principal argumento que se usa contra o presidencialismo é que ele constitui, na realidade, uma ditadura a prazo fixo. Eleito por um tempo certo e sem responsabilidade política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo ou do Congresso sem que haja meios normais para afastá-lo da presidência. O *impeachment*, geralmente previsto nos sistemas presidenciais, é uma figura penal, que só permite o afastamento do presidente se ele cometer um crime. E é perfeitamente possível que o presidente, adotando uma política inadequada, mas sem praticar qualquer ato delituoso, cause graves prejuízos ao Estado, não havendo, nessa hipótese, como retirá-lo da presidência e impedir a manutenção da política errônea. Além disso, como o presidente necessita de base legal para os seus atos mais importantes, sobretudo para efetuar despesas, é indispensável que ele mantenha relações com o Legislativo. E a prática tem demonstrado, segundo se argumenta, que o Executivo, mais forte do que o Legislativo, obtém deste o que quiser, agindo como verdadeiro ditador. E se o Legislativo, na prática, tiver meios para se sobrepor ao Executivo, este ficará totalmente cerceado não podendo agir com eficácia, do que resulta a ineficiência do Estado.

Os argumentos contrários e favoráveis ao presidencialismo têm sido levados em conta na organização e na readaptação dos sistemas presidenciais. O que se vê claramente, no entanto, é que têm sido introduzidas tais e tantas modificações que há inúmeros sistemas que preservam muito pouco das características fundamentais do presidencialismo, sem terem adotado também uma organização parlamentarista. O exame das tendências do Estado revelará que, não obstante haver maior

aproximação entre o presidencialismo e as novas formas de governo, do que entre estas o parlamentarismo, não se pode sustentar que os Estados estejam orientados no sentido da predominância do regime presidencial de governo.

## **SEÇÃO I DO PRESIDENTE E DO VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**Art. 76** - O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

**Art. 77** - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º - A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º - Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

### **Comentário:**

A contagem, então, será apenas dos votos válidos.

§ 3º - Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

### **Comentário:**

A existência dos dois turnos não significa que o princípio é de dois turnos. Trata-se apenas de técnica para realizar o princípio da maioria absoluta. É de se notar evidente lapso do Congresso Nacional ao elaborar a Emenda nº 16, quando estabeleceu como datas do primeiro e do segundo turno o primeiro e o último domingos de outubro. A disposição deste § 3º, acerca dos vinte dias, ficou vencida.

§ 4º - Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º - Se, na hipótese dos **parágrafos anteriores**, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

**Art. 78** - O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

**Parágrafo único** - Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

### **Comentário:**

O não-comparecimento equivale à renúncia, o que leva à extinção do mandato, por ato do Congresso Nacional. Esse ato é declaratório. A Constituição, por outro lado, não diz quem declarará vago, mas, pela natureza política do ato, deve tratar-se de decisão do Congresso Nacional. Não é ato eleitoral, por exemplo, para que se reconheça a competência do Tribunal Superior Eleitoral.

**Art. 79** - Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

### **Comentário:**

O Vice-Presidente, então, não tem um cargo e funções constitucionalizadas, mas apenas mandato e a possibilidade de exercer funções que serão definidas em leis e funções delegadas pelo Presidente da República.

**Parágrafo único** - O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

**Art. 80** - Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

**Comentário:**

Tem-se, aqui, a ordem de vocação aos cargos de Presidente da República e de Vice-Presidente da República, quando ambos estiverem vagos ou seus titulares estiverem impedidos do seu exercício. A mesma ordem é observada quando da substituição do Presidente da República, apenas.

**Art. 81** - Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

**Comentário:**

Se apenas o cargo de Presidente vagar, quem o sucede é o Vice-Presidente, e o cargo deste ficará vago. Se vagar o cargo de Vice-Presidente da República, este simplesmente ficará vago. Se vagarem ambos, o mecanismo de preenchimento vai depender da data de ocorrência da segunda vaga: sendo aberta essa no primeiro biênio, a eleição é direta e nacional, em noventa dias; se for aberta na segunda metade do mandato, a eleição é indireta, no Congresso Nacional, em trinta dias.

**§ 1º** - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

**Comentário:**

Tem-se, aqui, uma hipótese constitucional de eleição indireta (por colégio eleitoral) do Presidente da República. O eleito, como informa o próximo parágrafo, vai apenas completar o mandato de seus antecessores.

**§ 2º** - Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período de seus antecessores.

**Art. 82** - O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

**Art. 83** - O Presidente e o Vice-Presidente da República não poderão, sem licença do Congresso Nacional, ausentar-se do País por período superior a quinze dias, sob pena de perda do cargo.

**Comentário:**

Aqui, também, a perda do cargo será declarada pelo Congresso Nacional. Esse poder congressual está previsto no art. 49, III.

## **SEÇÃO II DAS ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**Art. 84** - Compete privativamente ao Presidente da República:

- I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
- II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
- III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

**Comentário:**

Esses casos são, principalmente, os do art. 61, § 1º, e do art. 165.

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

**Comentário:**

A parte final deste inciso consigna o importante poder regulamentar do chefe do Executivo. É de se perceber, também, que a promulgação e publicação de leis não são atos privativos do Presidente da República, em virtude do que consta no art. 66, § 7º.

**V** - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

**VI** - dispor, mediante decreto, sobre:

**Comentário:**

Funções de chefia de governo.

**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;

**VII** - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

**Comentário:**

Funções de chefia de Estado, juntamente com outras, como a do inciso VIII, abaixo.

**VIII** - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

**IX** - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

**Comentário:**

Ambos os atos exigem a intervenção do Congresso Nacional. No caso de estado de defesa, o Congresso atua após, aprovando ou não a medida (arts. 49, IV, e 136, §§ 4º a 7º). No caso de estado de sítio, o Congresso atua antes, autorizando ou não a medida (arts. 49, IV, e 137, parágrafo único).

**X** - decretar e executar a intervenção federal;

**Comentário.**

A intervenção federal, ato executivo, depende de aprovação do Congresso Nacional, segundo os arts. 49, IV, e 36, § 1º.

**XI** - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

**XII** - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

**XIII** - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;

**Comentário:**

A Emenda nº 23/99 criou os cargos de Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e os sujeitou à nomeação do Presidente da República.

**XIV** - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

**Comentário:**

Essa atuação do Senado Federal está prevista no art. 52, 111.

É importante notar que a expressão "Tribunais Superiores", neste caso, exclui o Tribunal Superior Eleitoral, cujos membros não estão sujeitos à aprovação do Senado Federal.

**XV** - nomear, observado o disposto no **art. 73**, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

**Comentário:**

Todos os Ministros do Tribunal de Contas da União são nomeados pelo Presidente da República, inclusive aqueles eleitos pelo Congresso Nacional (2/3 da composição do TCU).

**XVI** - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

**Comentário:**

Esses magistrados são os juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e os advogados dos Tribunais Regionais Eleitorais, além dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (arts. 107, 115 e 120, III).

**XVII** - nomear membros do Conselho da República, nos termos do **art. 89, VII**;

**XVIII** - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

**XIX** - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

**XX** - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

**XXI** - conferir condecorações e distinções honoríficas;

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

**XXIII** - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

**XXIV** - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

**XXV** - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

**XXVI** - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do **art. 62**;

**XXVII** - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

**Parágrafo único** - O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos **incisos VI, XII e XXV, primeira parte**, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

### **SEÇÃO III**

#### **DA RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**Art. 85** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

**Comentário:**

O Vice-Presidente da República só comete tais crimes quando no exercício da Presidência. Pela redação da Constituição, todo e qualquer ato do Presidente da República contra a Constituição configura crime de responsabilidade, sendo que a relação dos incisos abaixo é meramente exemplificativa dos mais graves.

**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.

**Art. 86** - Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

**Comentário:**

Nem ao Supremo Tribunal Federal nem ao Senado Federal é dado decidir se instauram ou não o processo, já que a admissibilidade é competência da Câmara dos Deputados, conforme determina este artigo, que, aliás, repete o art. 51, I.

**§ 1º** - O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

**§ 2º** - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

**§ 3º** - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

**§ 4º** - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

#### **SEÇÃO IV DOS MINISTROS DE ESTADO**

**Art. 87** - Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

**Comentário:**

O cargo de Ministro de Estado, que aqui é dado como acessível aos brasileiros natos e naturalizados, encontra importante exceção no art. 12, § 3º, criada pela Emenda nº 23/99. Como se vê lá, o cargo de Ministro de Estado da Defesa é privativo de brasileiro nato.

**Parágrafo único** - Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

**Comentário:**

As instruções de que fala o inciso são as instruções normativas.

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

**Art. 88** - A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

#### **SEÇÃO V DO CONSELHO DA REPÚBLICA E DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL**

##### **SUBSEÇÃO I DO CONSELHO DA REPÚBLICA**

**Art. 89** - O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

I - o Vice-Presidente da República;

II - o Presidente da Câmara dos Deputados;

III - o Presidente do Senado Federal;

IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;

V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;

VI - o Ministro da Justiça;

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

**Art. 90** - Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:

I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;

II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

§ 1º - O Presidente da República poderá convocar Ministro de Estado para participar da reunião do Conselho, quando constar da pauta questão relacionada com o respectivo Ministério.

§ 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.

## **SUBSEÇÃO II DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL**

**Art. 91** - O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

I - o Vice-Presidente da República;

II - o Presidente da Câmara dos Deputados;

III - o Presidente do Senado Federal;

IV - o Ministro da Justiça;

V - o Ministro de Estado da Defesa;

VI - o Ministro das Relações Exteriores;

VII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

### **Comentário:**

Com a Emenda à Constituição nº 23/99, os cargos de Ministros Militares foram extintos, ficando no lugar deles o de Ministro da Defesa e sendo criados os cargos de Comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. A EC nº 23/99 deu assento a tais cargos no Conselho de Defesa Nacional.

§ 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;

II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

§ 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

## **CAPÍTULO III DO PODER JUDICIÁRIO**

### **SEÇÃO I DISPOSIÇÕES GERAIS**

**Art. 92** - São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A - o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

### **Comentário:**

Os órgãos dos incisos IV, V e VI são ditos Justiça Especializada.

## VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

### **Comentário:**

Este inciso VII reitera o princípio da jurisdição nacional, por identificar, também, a Justiça Estadual como parte do Poder Judiciário.

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

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

### **Comentário:**

A redação deste parágrafo, dentre outros, mostra que a expressão "Tribunais Superiores" não inclui o Supremo Tribunal Federal, que está acima deles, designando, apenas, o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral.

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

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

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

### **Comentário:**

Se o Tribunal de segundo grau for o Tribunal de Justiça e o Estado tiver Tribunais de Alçada, é deste que se contará antiguidade e merecimento. Caso contrário, será da última entrância da carreira de juiz de primeiro grau.

IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

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

### **Comentário:**



A Emenda à Constituição n° 19 reformou inteiramente a redação deste dispositivo. Pela nova, é estabelecido um teto geral para todos os membros do Judiciário, tanto federal quanto estadual, qual seja o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal. A partir desse parâmetro, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, STM, TST e TSE) receberão quantia igual a, no máximo, 95% do valor pago a ministro do STF. Os demais membros do Judiciário terão seus subsídios fixados por lei - como, aliás, também os membros do STF e Superiores, escalonados e graduados dentro de uma diferença máxima de 10% e mínima de 5% entre uma e outra categoria. Para fins de avaliação da conformidade com os percentuais estabelecidos neste dispositivo, incluem-se as vantagens pessoais (art. 37, XI) e o pagamento é feito em parcela única, vedados quaisquer acréscimos, a qualquer título, como a verba de representação (art. 39, § 4°).

**VI** - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;

**Comentário:**

A nova redação dada ao inciso pela Emenda n° 20, da reforma previdenciária, extingue o regime especial de aposentadoria dos magistrados, os quais passam a integrar o regime previdenciário comum dos servidores públicos.

**VII** - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

**VIII** - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

**VIII-A** - a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II;

**IX** - 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;

**Comentário:**

Tem-se aqui o princípio da motivação das decisões judiciais. A manifestação dessas decisões é manifestação do Estado de Direito. A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, desde o exercício de lógica e atividade intelectual do juiz até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito, às garantias processuais e às garantias constitucionais, atendendo-se às exigências de publicidade, legalidade e imparcialidade das decisões.

**X** - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

**Comentário:**

Em conseqüência, as decisões administrativas não disciplinares serão tomadas por quorum de maioria relativa.

**XI** - 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;

**Comentário:**

Órgão especial substitui o tribunal pleno (órgão deliberativo integrado por todos os membros de um tribunal) em tribunais cujas composições sejam numericamente elevadas. A criação desses organismos é uma faculdade dos tribunais, por lei local.

**XII** - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

**XIII** - o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

**XIV** - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

**XV** - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

**Art. 94** - Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

**Parágrafo único** - Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

**Comentário:**

Tem-se, aqui, a regra do quinto constitucional. Duas observações são imediatamente importantes. Primeiro, em relação à não-identificação completa do ramo do Ministério Público envolvido, a qual vai depender do Tribunal onde esteja a vaga a ser ocupada: se for Tribunal Regional Federal, as vagas do Ministério Público no quinto constitucional são do Ministério Público Federal; se for Tribunal de Justiça dos Estados, do Ministério Público do Estado; se for o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Segundo, o Poder Executivo de que trata o parágrafo único será o Presidente da República, nos casos de Tribunal Regional Federal e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e o Governador do Estado, nos casos de Tribunal de Justiça de Estado.

**Art. 95** - Os juizes gozam das seguintes garantias:

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

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

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

**Comentário:**

Os subsídios dos juizes continuam irredutíveis, como regra. Poderão, contudo, sofrer redução para se adequarem ao novo teto geral, ou pela perda de vantagens pes soais que gerem pagamentos superiores ao teto, ou pela perda de gratificações ou quaisquer outras verbas acessórias. Os juizes, a exemplo dos agentes políticos, também serão remunerados com parcela única, e os percentuais e diferenças que deverão ser observados estão no art. 93, V.

**Parágrafo único** - Aos juizes é vedado:

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

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

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

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

**V** - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

**Art. 96** - Compete privativamente:

**I** - aos tribunais:

**a)** eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

**b)** organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no **art. 169, parágrafo único**, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no **art. 169**:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) 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;

#### **Comentário:**

Esta alínea b, com a nova redação imposta pela Emenda Constitucional nº 19, tirou dos Tribunais Superiores a competência para fixação, pela sua vontade, por projeto de lei de iniciativa própria, dos subsídios dos seus próprios membros. Como a lei que vai fixar os subsídios dos Ministros do STF é projeto de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF (art. 48, XV), e como os membros dos Tribunais Superiores receberão subsídios na ordem de 95% daquele fixado para os Ministros do STF (art. 93, V) desaparece a possibilidade de inovação na matéria. A lei, agora, vai apenas formalizar o valor, a partir do percentual fixado pelo art. 93, V. Os subsídios dos membros dos tribunais inferiores serão fixados por lei cuja iniciativa compete, ainda, a estes, e, também, nos limites percentuais determinados pelo art. 93, V.

- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

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

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

#### **Comentário:**

Este artigo trata do Princípio da Reserva de Plenário, fundamental no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, e, por ele, são absolutamente nulas as decisões pela inconstitucionalidade de lei proferidas por órgãos fracionários, como Turmas, Câmaras ou Seções, dadas na via difusa de controle. Trata-se, como nota Alexandre de Moraes, de verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade, e é obrigatória para todos os tribunais, na via difusa, e para o próprio Supremo Tribunal Federal, tanto na via difusa quanto na concentrada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, ensina que não é aplicável esse princípio em dois casos: a) quando a lei debatida no caso concreto já hou ver sido declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; b) quando a lei debatida no caso concreto já houver sido dada por inconstitucional pelo Plenário do Tribunal Superior ou de segundo grau, em processo anterior.

Duas últimas observações também se fazem importantes: primeiro, este princípio não impede a declaração de inconstitucionalidade de lei no caso concreto por juízes monocráticos, sendo aplicável, obviamente, apenas aos juízos colegiados, como tributo à presunção de constitucionalidade da lei. Segundo, o quorum de maioria absoluta não é necessário para que o tribunal pleno ou o órgão especial decidam pela constitucionalidade da lei.

**Art. 98** - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

- I - juizados especiais, providos por juízes 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 juízes de primeiro grau;

II - 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 ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

§ 1º - Lei federal disporá sobre a criação de juzizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

**Comentário:**

Elaborar proposta orçamentária não significa elaborar o orçamento. As propostas serão, no âmbito federal, remetidas ao Presidente da República que as consolidará no projeto de lei orçamentária anual, o qual será posteriormente remetido ao Congresso Nacional.

§ 2º - As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

**Art. 99** - Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º - O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

§ 3º - Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º - Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º - Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

**Art. 100** - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

**Comentário:**

À exceção de que fala a primeira parte deste artigo não significa que os créditos de natureza alimentícia não se submetem ao sistema de precatório, mas, apenas, segundo de cisão do Supremo Tribunal Federal, que tais créditos estão livres da obrigação em ordem cronológica de apresentação dos precatórios, tendo preferência de pagamento.

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

**Comentário:**

O Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Marco Aurélio, decidiu que a correção deverá ser feita na data do efetivo pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, notadamente em épocas atormentadas por altos índices de inflação.

**§ 1º-A** - Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

**§ 2º** - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

**§ 3º** O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

**Comentário:**

Este parágrafo, inserido pela Emenda Constitucional nº 20, permite o pagamento de pequenas dívidas fazendárias a que condenado o Tesouro sem as formalidades do sistema de precatório.

**§ 4º** A São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

**§ 5º** O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

**SEÇÃO II  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Art. 101** - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

**Parágrafo único** - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

**Comentário:**

Todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal devem ser brasileiros natos, segundo o art. 12, § 3º. Não há, na Constituição, nenhuma exigência de que seja formado em Direito.

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

**Comentário:**

A Constituição de 1988 erigiu o STF como Corte Constitucional no Brasil, deslocando para o Superior Tribunal de Justiça, criado por ela, o contencioso do direito federal comum, ou seja, a responsabilidade pela integridade, autoridade e uniformidade da interpretação do direito federal comum.

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

**Comentário:**

Na opinião do Ministro Carlos Velloso, essa é a competência maior do Supremo Tribunal Federal, que o coloca definitivamente como Corte Constitucional, por exer citar o controle concentrado de constitucional idade de leis em face da Constituição Federal de maneira exclusiva. Essa atribuição coloca o STF em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional alemão, com o Tribunal Constitucional espanhol, com a Corte Constitucional italiana e com o Tribunal Constitucional português, segundo informa aquele Ministro.

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

**Comentário:**

Nesta e na próxima alínea, o STF exerce contencioso penal.

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

**Comentário:**

A competência para julgamento dos Ministros de Estado, percebe-se, não se exerce no caso do cometimento de crime de responsabilidade praticado em conexão com o Presidente da República, hipótese em que ambos, Ministro e Presidente, serão julgados pelo Senado Federal.

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

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

**Comentário:**

Nesta alínea, e na próxima, tem-se o denominado contencioso entre órgãos constitucionais.

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

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

**Comentário:**

Carta rogatória é pedido, formulado por órgão do Poder Judiciário de outro país, para que determinada providência judicial seja realizada no Brasil. O exequatur, ou ordem de execução, é competência do STF, mas não é esta Corte que vai realizar a providência, pois isto é atribuição de juiz federal de primeiro grau, segundo o art. 109, X. Assim, o STF ordena e autoriza o cumprimento do pedido estrangeiro no Brasil, e o juiz federal competente vai determinar a realização da diligência ou providência.

h) Revogado;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

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

**Comentário:**

Revisão criminal e ação rescisória são figuras processuais que permitem a reapreciação de matéria já decidida em processo criminal ou civil, respectivamente, já transitado em julgado.

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

**Comentário:**

Como bem se lê, a reclamação é medida adequada a garantir a competência do STF e a autoridade das decisões por ele tomadas, pressupõe a existência de outro processo, onde haja sido tomada decisão que afronte essa competência ou autoridade, e pode ser impetrada pelo Procurador-Geral da República ou pela parte interessada, quando então a medida exorbitante será cassada ou

determinará medida adequada à preservação de sua competência. A reclamação está regulamentada na Lei nº 8.038/90 e no Regimento Interno do STF.

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

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

**Comentário:**

A jurisprudência do STF mostra que essa competência somente será exercida quando absolutamente necessária. Assim, não cabe quando a medida for do interesse de todos os servidores públicos, e não apenas dos servidores do Judiciário, por exemplo.

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

**Comentário:**

As três situações podem ser resumidas a uma única regra: sempre que houver Tribunal Superior (STJ, STM, TST ou TSE) envolvido em conflito de competência, é do STF o poder para solucioná-lo.

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

**q)** o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

**r)** as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

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

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

**b)** o crime político;

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

**Comentário:**

Segundo reiterada jurisprudência do STF, só é admitido e julgado o recurso extraordinário se a afronta à Constituição for direta e frontal e se houver o prequestionamento, isto é, se o recorrente alegou e viu discutida a tese constitucional nas instâncias anteriores.

**a)** contrariar dispositivo desta Constituição;

**b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

**c)** julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

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

**§ 1º** - A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

**Comentário:**

Dispositivo que traz para o Direito brasileiro a figura do recurso constitucional, do Direito alemão, mas que, no Brasil, ainda não foi regulamentada, sendo, inclusive, difícil a colocação desse instrumento processual dentro do complexo e completo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

**§ 2º** - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão

eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

**Comentário:**

Segundo decisão do STF, a ADECON admite cautelar, e, apesar de ser decisão não-definitiva, precária, gerará ela efeitos vinculantes e eficácia contra todos *erga omnes*, com efeitos *ex nunc*, isto é, não-retroativos, da data em diante.

§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

**Art. 103** - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

**Comentário:**

Este artigo trata da legitimação ativa (capacidade para ser autor) da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Trata-se de relação definitiva.

Nesta relação são encontráveis dois grupos de ativamente legitimados: os legitimados universais (incisos I, II, III, VI, VII e VIII), que não precisam demonstrar uma ligação entre seus interesses e o conteúdo da lei ou norma que estão atacando por ADIN, e os legitimados especiais (incisos IV V e IX), que necessariamente precisam fazer essa prova. Assim, por exemplo, um governador de Estado só poderá tentar impugnar lei que atinja negativamente e diretamente os interesses de seu Estado, e uma confederação sindical, que atinja os interesses da categoria que representa.

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

**Comentário:**

A partir de decisões do STF, vê-se que está legitimada, também, a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

**Comentário:**

O STF, julgando questão de ordem em ação direta de inconstitucionalidade, decidiu que o Governador do Distrito Federal também tem legitimação ativa para a propositura da ADIN. Mas, decidiu, em outro processo, que o governador de Estado não precisa estar representado por advogado e não pode estar representado pelo Procurador-Geral do Estado, tendo legitimação ativa e capacidade postulatória decorrentes da própria Constituição.

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

**Comentário:**

A ADIN só pode ser proposta pelo Diretório Nacional de partido com representantes eleitos e no exercício do mandato na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, não tem legitimação ativa para essa ação os diretórios estaduais.

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

**Comentário:**

Confederação, para o STF, precisa ser pura para poder propor ADIN, isto é, integrada exclusivamente por federações. "Âmbito nacional", segundo a doutrina, é demonstrado pela



organização e funcionamento em pelo menos nove Estados, conceito que é tomado da lei de organização dos partidos políticos. "Classe", segundo o STF, é categoria econômica, e o STF exige, ainda, que os associados estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional.

**§ 1º** - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

**Comentário:**

Mesmo nas ADINs em que seja autor, o Procurador-Geral da República se manifestará no processo, sobre as informações trazidas aos autos pelas autoridades nele chamadas a intervir.

**§ 2º** - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

**Comentário:**

Vê-se, claramente, a diferença de efeitos para os atos políticos (como legislar ou regulamentar lei), em que a decisão do STF vai se limitar a cientificar o Poder omis so (Executivo ou Legislativo), da omissão inconstitucional, e os atos administrativos, em que vai ser expedida ordem de normatizar em trinta dias.

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

**Comentário:**

Certamente o mais impróprio de todos os artigos da Constituição. O Advogado-Geral da União é lançado a uma tarefa absolutamente dissociada de sua função institucional, constante no art. 131. Como está posta hoje, e de acordo com a jurisprudência do STF, o AGU é obrigado a defender a lei atacada em ADIN, mesmo que seja uma lei estadual ou distrital, mesmo que o autor seja o Presidente da República, autoridade que o nomeou em comissão para essa função.

**Art. 103-A** - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

**§ 2º** - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

**§ 3º** - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

**Art. 103-B** - O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I** - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II** - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III** - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV** - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V** - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

**VI** - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

**VII** - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

**VIII** - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

**IX** - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

**X** - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

**XI** - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

**XII** - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

**XIII** - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

**§ 1º** - O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

**§ 2º** - Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

**§ 3º** - Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

**§ 4º** - Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

**I** - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

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

**III** - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

**IV** - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

**V** - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

**VI** - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

**VII** - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

**§ 5º** - O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

**I** - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

**II** - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

**III** - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

**§ 6º** - Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º - A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

### SEÇÃO III DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Art. 104** - O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

**Parágrafo único** - Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

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

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

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

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

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no **art. 102, I, o**, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

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

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

**Parágrafo único** - Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça:

- I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
- II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

#### SEÇÃO IV

#### DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS JUÍZES FEDERAIS

**Art. 106** - São órgãos da Justiça Federal:

- I - os Tribunais Regionais Federais;
- II - os Juízes Federais.

**Art. 107** - Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

- I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;
- II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º - A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede.

§ 2º - Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º - Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

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

- I - processar e julgar, originariamente:
  - a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
  - b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
  - c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
  - d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
  - e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;
- II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

**Art. 109** - Aos juízes federais compete processar e julgar:

- I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
- II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

**III** - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

**IV** - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

**V** - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

**V-A** - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

**VI** - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

**VII** - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

**VIII** - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

**IX** - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

**X** - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

**XI** - a disputa sobre direitos indígenas.

**§ 1º** - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

**§ 2º** - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal.

**§ 3º** - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

**§ 4º** - Na hipótese do **parágrafo anterior**, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

**§ 5º** - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

**Art. 110** - Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

**Parágrafo único** - Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

## **SEÇÃO V DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DO TRABALHO**

**Art. 111** - São órgãos da Justiça do Trabalho:

I - o Tribunal Superior do Trabalho;

II - os Tribunais Regionais do Trabalho;

III - os Juizes do Trabalho.

### **Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 24/99 alterou a redação deste inciso para trocar a expressão "Juntas de Conciliação e Julgamento" por "Juizes do Trabalho". A Justiça do Trabalho de primeira instância passa a ser um juizado monocrático, isto é, com a atuação de um único julgador. Essa alteração emerge da eliminação da figura dos juizes classistas, principal objetivo da Emenda Constitucional nº 24.

**Art. 111-A** - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º - A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

**Comentário:**

Com a eliminação da figura dos Ministros Classistas, operada pela Emenda Constitucional nº 24/99, desaparecem dez vagas no Tribunal Superior do Trabalho, que passa a ser composto, assim, exclusivamente por Ministros togados e vitalícios. O processo de escolha foi mantido.

§ 2º - Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.

**Art. 112** - A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 24 impôs nova redação a este artigo, decorrente da eliminação da figura do juiz classista. As Juntas de Conciliação e Julgamento desaparecem e o primeiro grau da Justiça do Trabalho passa a ser representado pelas Varas do Trabalho. Permanece a possibilidade de atribuição da jurisdição aos juízes de direito.

**Art. 113** - A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho.

**Comentário:**

A Emenda Constitucional nº 24 eliminou a previsão de paridade entre as representações classistas, decorrência da eliminação das próprias representações.

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

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

**IX** - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

**Comentário:**

Dissídio individual é o que se funda no contrato individual de trabalho; os interesses envolvidos são concretos e a sentença que os resolve só tem eficácia entre as partes. Dissídio coletivo visa a estabelecer normas e condições de trabalho. Os interesses envolvidos são genéricos e a sentença que os resolve se estende a toda a categoria, indistintamente.

**§ 1º** - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

**§ 2º** - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

**§ 3º** - 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.

**Comentário:**

Essa competência para execução deverá agilizar a cobrança e recuperação dos valores devidos à Previdência Social quando matéria discutida, principal ou subsidiariamente, nos processos sob competência da Justiça do Trabalho.

**Art. 115** - Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

**Comentário:**

Com o advento da Emenda Constitucional nº 24, e a eliminação da representação classista que essa operou, a composição dos TRTs foi alterada, passando a ser composta exclusivamente por juizes togados e vitalícios.

**I** - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

**II** - os demais, mediante promoção de juizes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

**§ 1º** Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

**§ 2º** Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

**Art. 116** - Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular.

**Comentário:**

As Varas do Trabalho, nova denominação das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento, imposta pela Emenda Constitucional nº 24, passam a ter atuação como juízo monocrático, ocupadas por um único juiz. Desaparecem as figuras dos vogais de empregados e empregadores.

**Art. 117** - REVOGADO.

## **SEÇÃO VI DOS TRIBUNAIS E JUÍZES ELEITORAIS**

**Art. 118** - São órgãos da Justiça Eleitoral:

**I** - o Tribunal Superior Eleitoral;

**II** - os Tribunais Regionais Eleitorais;

**III** - os Juizes Eleitorais;

**IV** - as Juntas Eleitorais.

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

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

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

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

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

**Parágrafo único** - O Tribunal Superior Eleitoral elegerá 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.

**Art. 120** - Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

**§ 1º** - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - 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;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

**§ 2º** - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores.

**Art. 121** - Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

**§ 1º** - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

**§ 2º** - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

**§ 3º** - São irrecuráveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

**§ 4º** - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

## **SEÇÃO VII DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES**

**Art. 122** - São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

**Art. 123** - 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 Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

**Parágrafo único** - Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:



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

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

**Art. 124** - À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

**Parágrafo único** - A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência, da Justiça Militar.

## **SEÇÃO VIII DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS**

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

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

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

### **Comentário:**

Este dispositivo cria para os Estados o poder de criação de um sistema local de controle concentrado de constitucionalidade de leis estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, com competência para julgamento exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado. Essa representação tem sido chamada, também, de ação direta de inconstitucionalidade estadual, e a legitimação ativa será definida pela Constituição do próprio Estado, devendo, contudo, necessariamente ser múltipla, isto é, composta por vários órgãos e autoridades.

§ 3º - A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

### **Comentário:**

Qualquer Estado poderá criar os Conselhos de Justiça, mas somente Estados em que o efetivo policial militar seja superior a vinte mil integrantes poderão criar o Tribunal de Justiça Militar.

§ 4º - Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

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

§ 6º - O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º - O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

**Art. 126** - Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

**Parágrafo único** - Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

## **CAPÍTULO IV DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA**

### **Comentário:**

Funções essenciais à Justiça são todas aquelas atividades profissionais sem as quais o Poder Judiciário não funciona, ou funciona mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional.

## **SEÇÃO I DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **Comentário:**

O Ministério Público (parquet) tem sua razão de ser na necessidade de ativar o Judiciário em pontos onde permaneceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a um grupo ou a toda a coletividade (interesses difusos e interesses coletivos). Sua função, de natureza administrativa, ou judicial, é a de provocar o Judiciário nesses casos, e também a de *custus legis*, ou seja, de fiscal da lei, trazendo ao processo, para informar a decisão judicial, informações sonegadas ou ignoradas pelas partes.

Quanto à posição institucional do Ministério Público, há opiniões bastante divergentes, desde aquelas, extremadas, que lhe reconhecem perfil institucional de quarto poder, até outras, conservadoras, que o colocam como vinculado ao Poder Executivo.

**Art. 127** - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

### **Comentário:**

Para Hugo Nigro Mazzili, o significado é: unidade - os promotores de um Estado num só órgão, sob a direção de um só chefe; indivisibilidade - seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, mesmo dentro de um mesmo processo; independência funcional - não se pode impor um procedimento funcional a um membro do Ministério Público.

§ 2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no **art. 169**, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

### **Comentário:**

A nova redação deste parágrafo, imposta pela Emenda à Constituição nº 19, mantém na competência do Ministério Público a sua autonomia funcional e administrativa e, também, o poder de iniciativa de projeto de lei para a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares. A novidade inserida pela Emenda Constitucional nº 19 é o poder de estabelecer a política remuneratória da instituição e os planos de carreira. Como se trata de projeto de lei, deverá tramitar regularmente pelo Congresso Nacional e estar exposto à sanção ou veto do Presidente da República.

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º - Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º - Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º - Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

**Art. 128** - O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º - O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

**Comentário:**

Na hipótese de recondução do Procurador-Geral da República, é necessário repetir-se todo o processo, com a indicação presidencial e a oitiva pelo Senado Federal, na forma do art. 52, III, e. Quanto ao "mandato" é ele, na verdade, uma investidura a tempo certo.

§ 2º - A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º - Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triplíce dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

**Comentário:**

Apesar de o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios integrar o Ministério Público da União, e este, nos termos do § 1º, ser chefiado pelo Procurador-Geral da República, este dispositivo sob comentário mostra que o MPDFT terá chefia própria.

§ 4º - Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

**Comentário:**

Essa competência é, na verdade, cumulativa com competência dada também ao Presidente da República, nos termos do art. 61, § 1º, II, d.

I - as seguintes garantias:

- a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

**Comentário:**

A irredutibilidade de "subsídio" (terminologia tecnicamente mais própria, imposta pela Emenda Constitucional nº 19, em lugar da antiga "vencimentos") como garantia dos membros do Ministério Público (procuradores da República e promotores de justiça) sofre uma revisão com a promulgação da Emenda à Constituição nº 19. Os subsídios passam a ser fixados na forma do art. 39, § 4º, o que implica dizer que não são mais possíveis os pagamentos de verbas, gratificações e outros adicionais. O teto remuneratório é o comum, qual sejam os subsídios de Ministro do STF.

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

**Comentário:**

É curioso perceber essa exceção aberta em favor dos membros do Ministério Público, da qual não dispõem os membros da Magistratura, a teor do art. 95, parágrafo único, III.

**§ 6º** - Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.

**Art. 129** - São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no **artigo anterior**;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

**§ 1º** - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

**§ 2º** - As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

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

**§ 4º** - Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

**§ 5º** - A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

**Art. 130** - Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

**Art. 130-A** - O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - o Procurador-Geral da República, que o preside;
- II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
- III - três membros do Ministério Público dos Estados;
- IV - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

**V** - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

**VI** - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

**§ 1º** - Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

**§ 2º** - Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

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

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

**III** - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

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

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

**§ 3º** - O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

**I** - receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

**II** - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

**III** - requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

**§ 4º** - O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

**§ 5º** - Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.