

---

# Direito Constitucional II

---

Faculdade de Direito - USP  
DES 119  
2017 (Turmas 13 e 14)  
Prof. Marcos Paulo Verissimo

*Aula 1*

---

## Poder Legislativo

---

O conceito de lei e o papel do legislador: Estado de Direito e função do legislativo nas democracias contemporâneas. A estrutura do legislativo brasileiro: visão geral e organização bicameral



## A Lei e o Parlamento

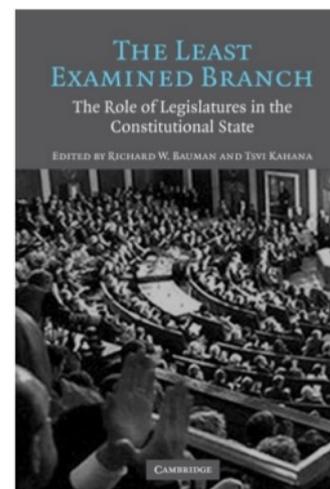
- **A função legislativa e o Papel do Parlamento:**

**CF art. 5º II:** "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"

- Princípio da legalidade como reserva legal ?

- **Temas fundamentais:**

- Conceito de lei e função legislativa
- Estrutura e funcionamento das casas legislativas
- Processo legislativo



## A função do Parlamento e o conceito de lei

- O direito, a norma e a lei: estado de direito e reserva legal (Art. 5º, II, ADCT 25)
- O ordenamento "hierarquicamente organizado":

- Constituição Federal
- Emendas à Constituição
- Leis ordinárias e complementares, decretos legislativos e resoluções parlamentares
- Medidas Provisórias e Leis delegadas
- Decretos Presidenciais (art. 84: regulamentação para *fiel execução* da lei); outros regulamentos administrativos, resoluções parlamentares *interna corporis*, Regimento do STF, etc.
- Portarias, resoluções e outras normas administrativas gerais
- Decisões administrativas e judiciais (normas particulares)
- Constituição e legislação estadual
- Legislação municipal

- Nesse esquema a lei é vista como o *ato normativo de natureza primária por excelência*, apto a inovar no ordenamento jurídico e criar direitos e obrigações
- Mas na prática, como já vimos, as coisas são mais complicadas:
  - Predomínio do Executivo no processo legislativo
  - Tendência ao estabelecimento de princípios abertos na lei, que precisam ser complementados pela Administração e pelo Judiciário
  - Crescimento do papel da regulação administrativa
  - Crescimento do papel da jurisprudência, inclusive com caráter vinculante
  - Posição controversa dos tratados que versam sobre direitos humanos
- Nesse ambiente, a "função" do Parlamento se transformou...

## Papéis desempenhados pelos parlamentos modernos

- Representação política e legitimação do governo
- Deliberação e aprovação das leis (normas gerais)

*"A lei, na moderna situação criada pela crescente intervenção da autoridade política na vida social, perdeu o seu primitivo caráter de raridade e estabilidade e, convertida em forma comum de ação política, se transformou em algo necessariamente particular e mutável. Em contraste com a antiga distinção, pode-se afirmar que hoje se governa legislando."* (Dic. Pol., Maurizio Cotta)

- Fiscalização do Executivo
  - Voto de descrédito, nos sistemas parlamentares
  - Fiscalização orçamentária e contábil
  - Fiscalização administrativa
  - Accountability política
  - Comissões Parlamentares de Inquérito e investigações parlamentares
  - Etc.

## Papéis desempenhados pelos parlamentos modernos

- O parlamento *moderno* é diferente do parlamento *medieval*, iluminista:

- É um fenômeno do Sec. XIX, o "século dos parlamentos": nesse período, são o centro do debate político e com o desenvolvimento dos sistemas parlamentares europeus, progressivamente do próprio governo
- São órgãos institucionalizados, que vão interagir com os sistemas partidários nascentes e com um contexto de sufrágio cada vez mais amplo
- Some a representação nobiliárquica e por nomeação, desaparecem os cargos vitalícios, são estabelecidos mandatos geralmente curtos
- Contam com burocracias próprias e cada vez mais com carreiras de Estado, frequentemente organizam-se em comissões e órgãos internos especializados

- E o parlamento *contemporâneo* é também diferente do parlamento *moderno*:

- No século XX os parlamentos vão mudando de papel, se institucionalizando mais e assumindo novas funções à medida em que o papel da *lei* também se transforma

- **Seu papel restou diminuído ?**

*"o debate político não tem já o âmbito parlamentar como sede principal, mas se desenrola, em grande parte, fora, entre partidos, organizações sindicais, forças econômicas, através dos canais de comunicação fornecidos pelos mass media. Vemos também como uma série de negociações, acordos e decisões de importância política decorrem à margem da esfera parlamentar. Por isso, em muitos casos, o Parlamento se limita a registrar decisões que foram tomadas alhures."* (Dic. Pol., Maurizio Cotta)

- **Não necessariamente, mas restou diferente. E os papéis do Executivo e do Judiciário certamente se alteraram também.**

## A função legislativa - Waldron

- Quando a lei é feita ou mudada, deve sê-lo explicitamente
- A produção do direito deve ser tratada com cuidado pelo legislador e não deve ser negligenciada diante de suas demais tarefas
- Deve ser feita por um mecanismo que dê voz e ouça os inputs de todos os interessados
- Deve haver espaço na produção do direito para o dissenso, e respeito pela opinião dissidente
- Os participantes do processo devem estar dispostos a mudar de opinião
- O procedimento deve ser formal e permitir o foco nas questões centrais que estão sendo debatidas
- O procedimento decisório, em caso de desacordo, deve respeitar a isonomia entre os agentes envolvidos na deliberação
- *Para que servem esses princípios?*
- *Existem no Brasil?*
- *Fazem sentido?*

## A função legislativa no Brasil

- Legislativo fortemente bicameral
  - Câmara proporcional - Senado majoritário
  - Bicameralismo forte (Lijphart): simétrico e incongruente
  - Protagonismo dos senadores no cenário político
  - Papel do Senado é mais de checks and balances do que de representação Estadual
- Processo legislativo altamente institucionalizado
  - Grande liberdade constitucional para as casas organizarem seus regimentos internos
  - Papel destacado das comissões
  - Diversos modos de deliberação e votação (aberta e secreta, simbólica e nominal, plenária ou nas próprias comissões)
- Estrutura organizacional com forte impacto no resultado legislativo final
  - Papel diretivo destacado da mesa de cada casa
  - Papel destacado do colégio de líderes (maioria, minoria, governo, blocos e partidos)
- "Patronagem": relacionamento delicado com o executivo
  - Disciplina partidária e distribuição de cargos
- Franca predominância do Executivo no processo legislativo

## Funções de fiscalização e controle no Brasil

- Supervisão geral do governo:

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 crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada

- 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.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...)

- Comissões Parlamentares de Inquérito (CF 1934):

- Art. 58, par. 3:

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.

## Prerrogativas e garantias dos membros do CN

- Inviolabilidade civil e penal por opiniões, palavras e votos

- Foro exclusivo no STF. Maioria da casa pode sustar o processo

- Não podem ser presos, senão em flagrante e de crime inafiançável (prisão deve ser confirmada pela maioria da casa)

- Perda do mandato só nas hipóteses constitucionais, em geral decidida pela própria casa (salvo decisão da justiça eleitoral ou perda dos direitos políticos)

- Restrições em relação ao relacionamento com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público

- Impossibilidade de exercer cargo nas entidades acima, mas não em funções de governo (Ministro ou Secretário de Estado)

## A estrutura e funcionamento do Parlamento (CN) no Brasil

### • Câmara dos Deputados

- 513 deputados, representação estadual
- Mandatos de 4 anos, sistema proporcional de listas abertas
- Autonomia para organizar o próprio regimento (direção pela mesa, com mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mandato subsequente)
- Autoriza a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado

### • Senado Federal

- 81 senadores, representação estadual
- Mandato de 8 anos, sistema majoritário
- Autonomia para organizar o próprio regimento (direção pela mesa, com mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mandato subsequente)
- Julga crimes de responsabilidade do PR, VPR, Ministros do STF, membros CNJ e CNMP, PRG e AGU
- Aprova Magistrados, Ministros do TCU indicados pelo PR, diretores do BC e outras agências e chefes de missão diplomática
- Autoriza endividamento externo
- Fixa os limites da dívida

- Suspende a execução de lei declarada inconstitucional

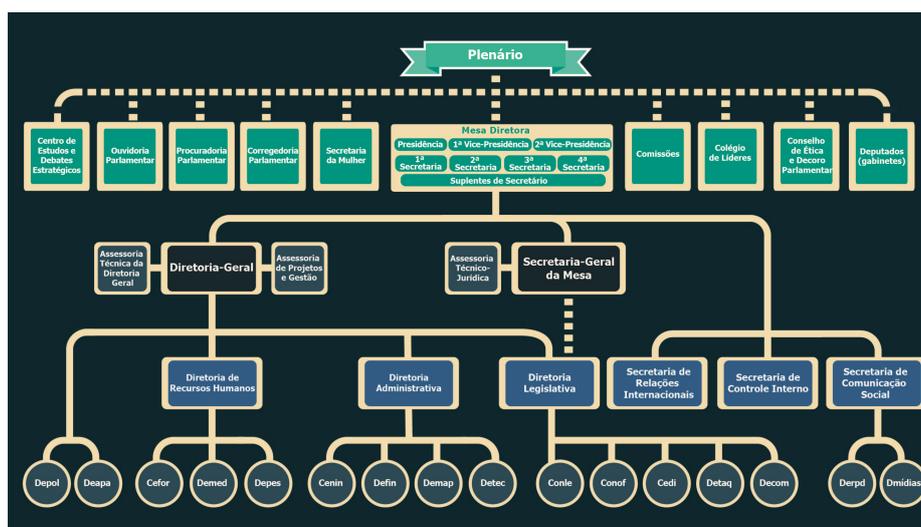
Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 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.

§ 2º As 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;
- II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;
- III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;
- 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.

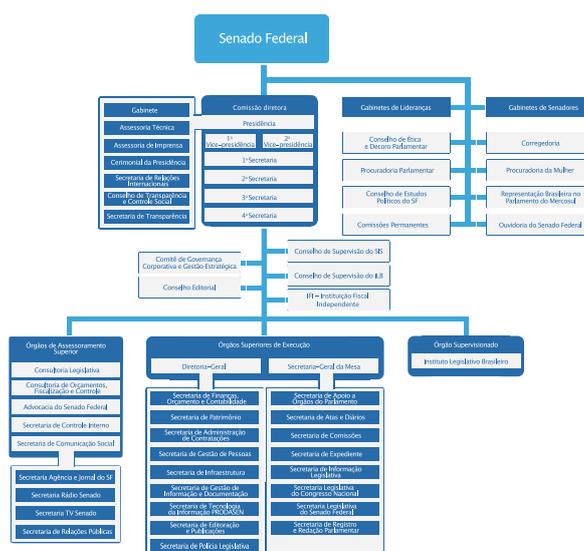
## Câmara dos Deputados - Estrutura



## Câmara dos Deputados – Comissões

- 'Órgãos técnicos criados pelo RI e constituídos de deputados(as), com a finalidade de discutir e votar as propostas de leis que são apresentadas à Câmara. Com relação a determinadas proposições ou projetos, essas Comissões se manifestam emitindo opinião técnica sobre o assunto, por meio de pareceres, antes de o assunto ser levado ao Plenário; com relação a outras proposições elas decidem, aprovando-as ou rejeitando-as, sem a necessidade de passarem elas pelo Plenário da Casa. A composição parlamentar é renovada a cada ano ou sessão legislativa. Na ação fiscalizadora, as Comissões atuam como mecanismos de controle dos programas e projetos executados ou em execução, a cargo do Poder Executivo. Perduram enquanto constarem do Regimento Interno.
- Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Des. Rural
- Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática
- Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
- Comissão de Cultura
- Comissão de Defesa do Consumidor
- Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher
- Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa
- Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência
- Comissão de Desenvolvimento Urbano
- Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços
- Comissão de Direitos Humanos e Minorias
- Comissão de Educação
- Comissão do Esporte
- Comissão de Finanças e Tributação
- Comissão de Fiscalização Financeira e Controle
- Comissão de Integração Nacional, Des. Regional e da Amazônia
- Comissão de Legislação Participativa
- Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
- Comissão de Minas e Energia
- Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional
- Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado
- Comissão de Seguridade Social e Família
- Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
- Comissão de Turismo
- Comissão de Viação e Transportes
- Mais 155 Externas, Especiais e de Investigações

## Senado Federal - Estrutura



## Senado Federal – Comissões

- ❖ “Às comissões permanentes, 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; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; 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.”
- ❖ Comissão de Agricultura e Reforma Agrária
  - ❖ Comissão de Assuntos Econômicos
  - ❖ Comissão de Assuntos Sociais
  - ❖ Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática
  - ❖ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
  - ❖ Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo
  - ❖ Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa
  - ❖ Comissão de Educação, Cultura e Esporte
  - ❖ Comissão de Meio Ambiente
  - ❖ Comissão de Relações Exteriores
  - ❖ Comissão de Serviços de Infraestrutura
  - ❖ Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor
  - ❖ Comissão Senado do Futuro

Aula 2

## Poder Legislativo

O princípio da legalidade como reserva legal: competências privativas dos órgãos legislativos e os limites do chamado poder regulamentar. “Delegações” de competência legislativa privativa e sua admissibilidade no sistema constitucional brasileiro



## STJ – REsp 615.628 (CADE)

### Lei n. 8.884/94

**Art. 54.** Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação

previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

### Resolução CADE 15/1998:

**Art. 2o.** O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4o e 5o do art.54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

## STJ – REsp 615.628 (CADE)

### Entendimento do STJ

“O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7o, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2.o da Resolução interpretou o termo "realização", inserto no art. 54, § 4o, da Lei 8.884/1994, como "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes". Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo”

“Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões “atos, sob qualquer forma manifestados” e “de sua

realização”, constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.”

## STJ – REsp 615.628 (CADE)

### Lei n. 8.884/94:

29.6.95)

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

(...)

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do Cade disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

(...)

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de

## STJ – REsp 615.628 (CADE)

### Vista Min. Mauro Campbel:

Penso que as questões relativas à atuação do Cade devem ser analisadas pelo Judiciário com certa cautela e deferência - que não se confunde com falta de arrojo ou covardia -, afinal trata-se de autarquia judicante formada por integrantes altamente especializados nas temáticas do direito da concorrência.

Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias legais da decisão do Cade - como, e.g., estamos fazendo agora, ao discutir a validade da compreensão segundo a qual o pré-contrato vincula as partes pactuantes.

No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado - como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante -, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações e técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.

Repito: "deferência" não significa insindicabilidade, mas apenas respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário.

## STF - RE 286.963

### Lei da usura (Dec. 22.626/33)

Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (6%).

### Lei n. 4.595/64:

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil (...)

### CF 88:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

Par. 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

## STF - RE 286.963

### ADCT 25:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

### Lei n. 8.056/90:

Art. 1º É prorrogada, até o dia 31 de dezembro de 1990, a vigência dos dispositivos legais que hajam atribuído ou delegado, ao Conselho Monetário Nacional e ao Conselho Nacional de Seguros

Privados, competências assinaladas, pela Constituição, ao Congresso Nacional.

### Lei n. 9.069/95:

Art. 73. O art. 1º da Lei nº 8.392, de 30 de dezembro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º É prorrogado até a data da promulgação da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o art. 1º das Leis nº 8.056, de 28 de junho de 1990, nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990 e nº 8.201, de 29 de junho de 1991, exceto no que se refere ao disposto nos arts. 4º, inciso I, 6º e 7º, todos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964."

## STF - RE 286.963

### Min. Marco Aurélio:

Prorrogação indefinida dos 180 dias é inconstitucional! Lei do Plano Real (última prorrogação) é inconstitucional nesse ponto. 16 anos é demais !

### Min. Sepúlveda Pertence:

ADCT 25 só revoga as delegações, mas não os atos praticados pelo Executivo ao amparo delas.

### Min. Brito:

ADCT 25 revoga tudo.

### Min. Grau:

Entendo que o art. 25 (...) está incidindo não porque tenha havido delegação. Delegação há quando se transfere função legislativa ao Poder Executivo. A lei delegada é a expressão de uma delegação, mas quando se trata de regulamentar determinada matéria, no exercício de função regulamentar, ocorre exata e precisamente o que art. 25 menciona como atribuição. Aqui o art. 25 fala em preceitos legais que atribuam ou deleguem ação normativa.

O que o art. 25 permite é que se exerça, enquanto não o houver lei regulando a matéria, mediante ação do Poder Executivo ou órgão do Poder Executivo, a capacidade normativa de conjuntura.

## STJ – Resp 445.821

### Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações):

**Art. 18.** Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

### Decreto 2.534/98

- ❖ Diversas vedações direcionadas a empresas coligadas.

**Art 15.** Para fins deste Plano Geral de Outorgas, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se uma detiver, direta ou indiretamente, pelo menos, vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em, pelo menos, vinte por cento por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

**Parágrafo único.** Caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, deve-se calcular o valor final da participação por intermédio da composição das frações percentuais de controle em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento

## STJ – Resp 445.821

### Resolução 101/99 da Anatel

Art. 2º Uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

§ 1º Para efeito do cômputo do percentual referido neste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.

§ 2º As frações de participação maiores que cinquenta por cento do capital votante ou controle, com qualquer participação no capital, corresponderão a um multiplicador de cem por cento no cálculo da composição da participação sucessiva.

## STJ – Resp 445.821

### Resolução 101/99 da Anatel

Art. 2º Uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

§ 1º Para efeito do cômputo do percentual referido neste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.

§ 2º As frações de participação maiores que cinquenta por cento do capital votante ou controle, com qualquer participação no capital, corresponderão a um multiplicador de cem por cento no cálculo da composição da participação sucessiva.

- ❖ *O TRF1 considerou ilegal o parágrafo 2º da Resolução, por conflitar com os termos do Decreto e inovar na ordem jurídica*
- ❖ *O STJ não conheceu o recurso por razões processuais*

## STF – ADI 2.317

### Resolução n° 2.267/96 do CMN:

"Art. 3º As instituições e entidades referidas no art. 1º, bem como as administradoras de fundos de investimentos ali mencionados e de consórcio, devem proceder à substituição do auditor independente contratado, no máximo, após decorridos 4 (quatro) exercícios sociais completos desde sua contratação, vigorando essa exigência a partir do exercício social que se iniciar em 01.01.97.

Art. 4º A recontração de auditor independente somente pode ser efetuada após decorridos 3 (três) exercícios sociais completos desde sua substituição"

### Argumentos da ADI:

- ❖ Violação ao princípio da legalidade
- ❖ Violação ao princípio da liberdade de profissão
- ❖ Violação ao princípio da proporcionalidade

### Min. Galvão:

- ❖ Regras dirigem-se às instituições financeiras, não às empresas de auditoria. Portanto, não restringem a atuação dessas últimas.
- ❖ BC tem competência de controle das instituições financeiras. Medida visa garantir independência e é razoável, portanto. Cautelar denegada

## STF – ADI 4.874

### Lei n. 9.782/99:

**Art. 7º** Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

### Anvisa – RDC 14/12:

- ❖ Fixa limites máximos de nicotina, alcatrão e CO2 no cigarro
- ❖ Proíbe expressões como light, suave, etc.

- ❖ Proíbe aromatizantes e flavorizantes, frutas, adoçantes, etc.

### Argumentos da ADI:

- ❖ Interpretação do art. 7º que confira à Anvisa competência ampla para proscriver produtos e insumos de forma genérica e abstrata é inconstitucional. Liberdade só pode ser restringida por lei em sentido formal.
- ❖ A competência da Anvisa só pode ser cautelar, e entendida no âmbito do poder de polícia (competência executiva, não normativa, de caráter excepcional e transitório, voltada a casos concretos, com destinatários certos, e em casos de comprovada urgência).

Aula 3

## Poder Executivo

Competências materiais do Executivo na Constituição Federal de 1988. A expansão do Executivo no Estado Social e suas consequências em relação à visão tradicional da separação de poderes. Gestão da máquina administrativa e princípios constitucionais da administração pública.



## Expansão do Poder Executivo no Estado Social

### Montesquieu

❖ Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. **Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões.** Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

### ❖ Poder Executivo:

- ❖ Chefia e Representação do Estado
- ❖ Relações Internacionais
- ❖ Segurança Pública e proteção do território
- ❖ Administração das finanças do Estado

## Expansão do Poder Executivo no Estado Social

### Zippelius:

Com o decorrer do tempo, a ação do Estado-providência - em termos de planeamento, regulação e fornecimento de prestações - estendeu-se a numerosos outros sectores: assistência social e proteção no trabalho, centros de emprego e assistência no desemprego, apoio à família, política de saúde, fomento da construção habitacional, planeamento urbanístico e ordenamento do território a nível supralocal, preservação do meio ambiente, política educacional, fomento das ciências, e outros mais. O Estado social concede também ajudas públicas em casos de infortúnios e atribui subsídios de compensação noutras situações de risco existencial, assim, p. ex., assistência aos

refugiados ou cegos, ajudas em situação de catástrofe natural ou má colheita, indemnizações a vítimas de crimes de violência.

Através de uma política conjuntural, o Estado esforça-se por lograr uma estabilidade do nível dos preços, uma alta taxa de emprego, um equilíbrio no plano da economia externa e, por enquanto, ainda um crescimento económico constante e suportável.

- ❖ Alguns elementos marcantes de transformação:
  - ❖ Demandas sociais originadas da industrialização
  - ❖ Crise económica de 1929

## Expansão do Poder Executivo no Estado Social

### ❖ Poder Executivo:

- ❖ Chefia e Representação do Estado
- ❖ Relações Internacionais
- ❖ Segurança Pública e proteção do território
- ❖ Administração das finanças do Estado

### ❖ Mais...

- ❖ Controle do Poder Económico e Regulação da Economia (incluindo relações de concorrência e consumo)
- ❖ Exploração direta de setores económicos estratégicos; incentivo à inovação e à ciência

- ❖ Regulação bancária, da moeda e do crédito
- ❖ Regulação das relações de trabalho
- ❖ Assistência social e distribuição de renda
- ❖ Previdência social
- ❖ Provisão (e regulação) de serviços públicos (saúde, educação, transportes, energia, comunicações, serviços postais, etc.)
- ❖ Proteção do meio ambiente e promoção dos direitos humanos
- ❖ Planeamento
- ❖ Etc.

## Expansão do Poder Executivo no Estado Social

### ❖ **Planejamento:**

- ❖ Definição (política) de objetivos e metas em diversas áreas
- ❖ Definição (técnica) dos instrumentos mais eficientes de persecução daquelas metas
- ❖ Avaliação periódica de resultados e reformulação contínua dos objetivos, das metas e dos instrumentos

### ❖ **Meios, modos e instrumentos de ação:**

- ❖ Atuação estatal direta / prestações estatais

- ❖ Estímulos e incentivos à ação privada

- ❖ Desestímulos à ação privada

- ❖ Proibições, fiscalização e licenciamento de atividades, condicionamentos, regulação, delegação, etc.

- ❖ Os **objetivos** dessa ação podem ser múltiplos e conflitantes (daí o caráter **político** de sua escolha)

- ❖ Mas os **instrumentos** deveriam, em tese, ser orientados por **critérios técnicos** (informação adequada, conhecimento específico, instrumentos jurídicos, etc.\_)

## A Burocracia

### ❖ **Um fenômeno do "Estado Racional Liberal":**

- ❖ Organização de funcionários especializados para tratamento de temas complexos
- ❖ Legalidade e racionalidade

### ❖ **Antônio Prates:**

A rigor, a administração pública constitui um fenômeno do Estado moderno no qual a burocracia, com maior ou menor grau de racionalidade legal, passou a ser a estrutura predominante de administração. Assim, pode-se afirmar que o marco definitivo do surgimento da administração

de natureza pública seja o advento do Estado burocrático moderno. Do ponto de vista sociológico, foi Max Weber o grande teórico dessa formulação. De acordo com ele, o "Estado racional" é um fenômeno típico do Ocidente: o Estado moderno é aquela associação de autoridade (domínio) que tem o monopólio legítimo da violência dentro de um território, e sua administração é exercida por funcionários especialistas comprometidos com regras impessoais e legais que regulam suas atividades.

## A Burocracia

- ❖ **Um fenômeno do "Estado Racional Liberal":**
  - ❖ Organização de funcionários especializados para tratamento de temas complexos
  - ❖ Legalidade e racionalidade
- ❖ **Características fundamentais:**
  - ❖ Decisão técnica e legal
  - ❖ Distribuição horizontal e vertical de competências (atribuição e hierarquia)
  - ❖ Especialização
- ❖ Coordenação
- ❖ Formalização (enquadramento legal)
- ❖ Previsibilidade, imparcialidade e impessoalidade
- ❖ Confidencialidade e controle público
- ❖ Eficiência e qualificação pessoal
- ❖ Garantias para o livre exercício da função (salário, estabilidade no emprego, etc)

## Burocracia, Legislação e Política (Zippelius)

A separação entre funções políticas e funções burocráticas no Estado concretiza, num sector essencial, a exigência de pluralidade estrutural. Ela é uma condição importante para manter num sector fundamental um "equilíbrio real entre os poderes". Pelas razões anteriormente apontadas, contribui para uma clarificação objectiva das decisões estatais e vela pela conservação ele um "factor neutral" no processo de tomada de decisão do Estado. Para tudo isto contribui a separação dos papéis entre a burocracia e a direcção política, e tudo isto é ameaçado por uma evolução que se tem designado por "burocratização da política" ou "politização da burocracia".

A regulamentação, sempre mais perfeita e totalizante, de todos os sectores da vida possíveis proporciona ao aparelho burocrático um peso cada

vez maior. A legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem nas interligações normativas que poderão afectar a disposição jurídica a adaptar. A burocracia está prestes a emancipar-se da autoridade do parlamento. Quanto menos transparente se tornar o entrelaçamento das normas e quanto maior for a inflação da burocracia, tanto mais o executivo se subtrairá também ao controlo parlamentar, e isto desde logo porque o parlamento dispõe de capacidades de trabalho e de controlo apenas limitadas. Para não perderem o domínio sobre o processo político, os partidos políticos tentam sujeitar este crescente poderio da burocracia ao seu controlo. Assim, (...) os partidos ocupam cada vez mais posições-chave da burocracia com membros do seu partido.

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**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:

**II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (...) ressalvadas as nomeações para cargo em comissão (...) de livre nomeação e exoneração;

**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;

§ 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 (...)

§ 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 (...)

§ 8º A **autonomia gerencial**, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato (...)

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**Art. 39. § 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.

**Art. 41.** São estáveis após três anos de efetivo exercício os 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.

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**Art. 76.** O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

**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;

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

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

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;

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**Art. 76.** O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

**Art. 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

*Além de manter relações com outros Estados, celebrar tratados, declarar estado de sítio ou defesa, decretar intervenção federal, nomear magistrados, nomear outras autoridades, decretar a guerra, exercer o comando das forças armadas, etc.*

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**Art. 85.** São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

**I** - a existência da União;

**II** - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

**III** - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

**IV** - a segurança interna do País;

**V** - a probidade na administração;

**VI** - a lei orçamentária;

**VII** - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?

### Constituição Federal:

**Art. 87.** Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

**Parágrafo único.** Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

**I** - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

**II** - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

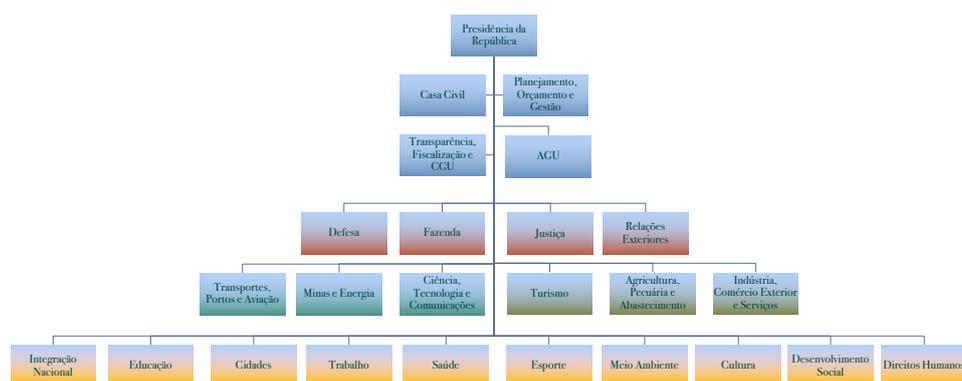
**III** - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

**IV** - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

**Art. 88.** A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios.

**Art. 88.** A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

## Como isso reflete na organização do Executivo brasileiro?



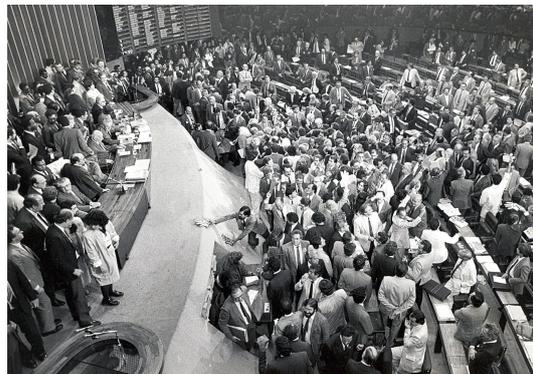
## Questões-chave para reflexão

- É possível conciliar o mandato político do Executivo com as demandas de profissionalização na burocracia pública? Como?
- Qual o grau ideal de independência que a burocracia deve ter em relação às instâncias de direção política?
- Como tornar essas duas instâncias "responsáveis" (*accountable*) perante a sociedade e os demais poderes, a despeito de seu mandato político e da especialização técnica?
- Como lidar com as demandas por confidencialidade e transparência?
- Qual o grau de deferência que os demais poderes devem ter em relação à burocracia e às instâncias políticas do Executivo?
- Como amplificar o caráter "democrático" da ação burocrática? Isso é possível ou mesmo desejável?
- Qual o grau ideal de descentralização das instâncias burocráticas, e como garantir a coordenação dessas instâncias?
- Como lidar com a capacidade normativa desses órgãos do Executivo? Que relação isso tem com a liberdade?

Aula 5

## Poder Judiciário

Organização da Justiça no Brasil: visão geral dos principais órgãos, de seus papéis e das garantias ligadas ao exercício da jurisdição. O monopólio do exercício da jurisdição e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal: estrutura e funções.



## O que é a Justiça ?

*Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.*

Montesquieu

*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.*

Federalist 78

*And there is a still greater absurdity in subjecting the decisions of men, selected for their knowledge of the laws, acquired by long and laborious study, to the revision and control of men who, for want of the same advantage, cannot but be deficient in that knowledge. The members of the legislature will rarely be chosen with a view to those qualifications which fit men for the stations of judges; and as, on this account, there will be great reason to apprehend all the ill consequences of defective information, so, on account of the natural propensity of such bodies to party divisions, there will be no less reason to fear that the pestilential breath of faction may poison the fountains of justice.*

Federalist 81

## O que é a Justiça no Brasil ?

*“No momento em que o juiz brasileiro se compenetrar de que a Constituição o elegeu como o mais sensível entre todos os exercentes de função estatal, o operador jurídico provido de maior responsabilidade, o detentor da capacidade de dizer a última palavra e de recompor a ordem vulnerada, nesse momento ele também assimilará o significado de sentimento constitucional. Vale a pena insistir no conceito de sentimento constitucional. Expressão capaz de consubstanciar “um dos fenômenos psico-sociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de se captar. Este pode ser descrito como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de qualquer outro tipo, promove a integração entre os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem*

*comunitária obrigatória, submetendo o processo político aos interesses da comunidade”.*

*Des. José Renato Nalini*

## A dimensão funcional

*É uma das funções do Estado. A função jurisdicional compete ao Poder Judiciário. A jurisdição como função “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo” (Cintra, Grinover e Dinamarco).*

*(Página do Conselho Nacional do Ministério Público)*

### **Elementos fundamentais:**

- ❖ Aplicação do direito e
- ❖ Solução de conflitos concretos
- ❖ Devido processo legal

### **Questões relevantes:**

- ❖ Submissão ao “direito posto” e criação de direito novo
- ❖ Monopólio e última palavra
- ❖ Controle social e legitimidade

## Monopólio da solução de conflitos ?

CF Art. 5o

(...)

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

### Técnicas de Composição de Conflitos

Negociação

Mediação/Conciliação

Arbitragem

Processo Judicial

A solução judicial é em larga medida excepcional

## O que mais além da solução de conflitos entre particulares ?

**Funções  
do  
Judiciário  
no Brasil**



**Solução de conflitos  
envolvendo o Estado**

**Controle de  
Constitucionalidade**

**Punição de crimes e  
administração das penas**

**Cobrança de Impostos**

**Administração dos  
processos eleitorais**

**Etc.**

## A dimensão estrutural

**Estrutura**



**Hierarquizada (4 “degraus hierárquicos” principais)**

**Relativamente especializada**

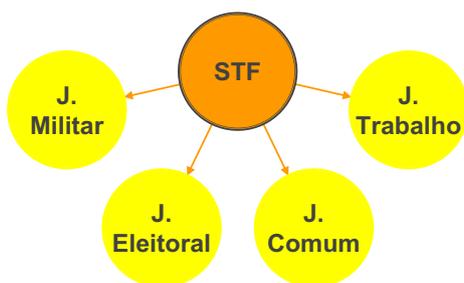
**Adaptada ao desenho especial do federalismo brasileiro**

**Organizada como uma “carreira pública”**

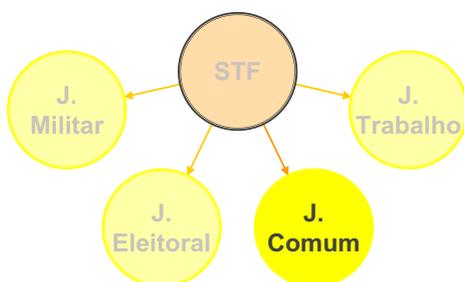
## Estrutura hierárquica fundamental



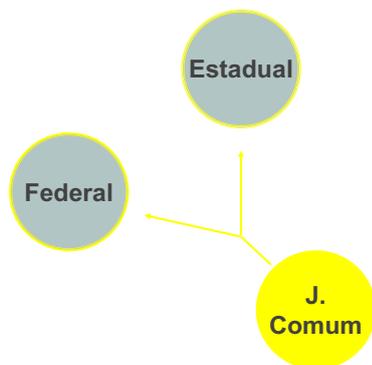
## Especialização em várias “justiças”



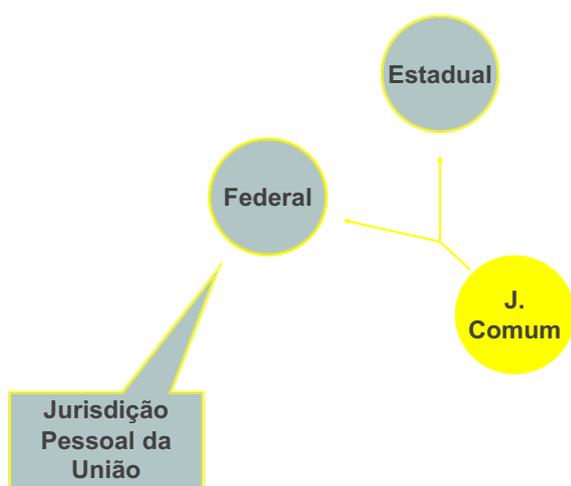
## Adaptação ao federalismo brasileiro



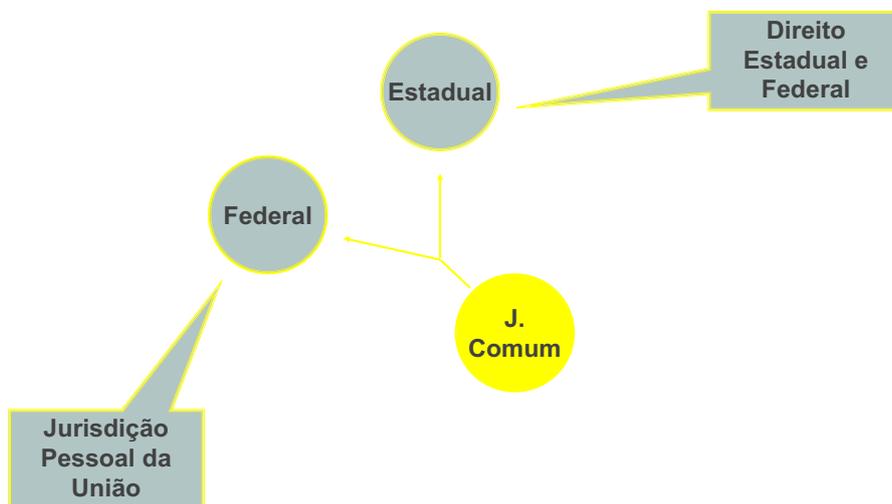
## Adaptação ao federalismo brasileiro



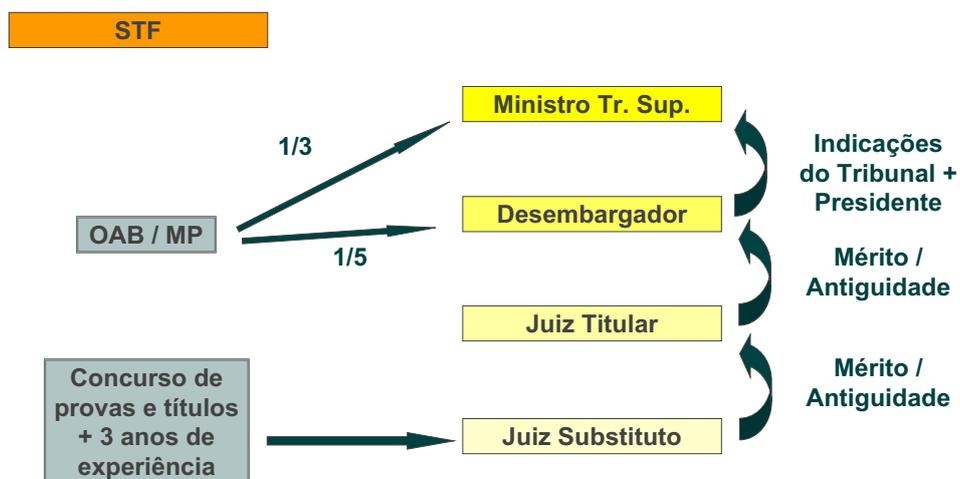
## Adaptação ao federalismo brasileiro



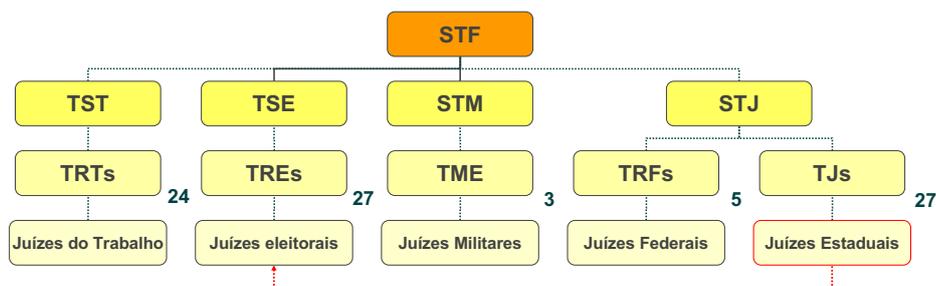
## Adaptação ao federalismo brasileiro



## Organização em “carreira”



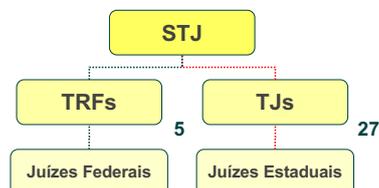
## Estrutura geral das “justiças” e de seus tribunais



Há no Brasil 96 “tribunais”,  
além de inúmeros juizes de primeiro grau

## A “Justiça comum”

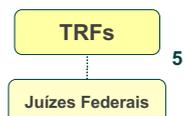
- ❖ “Justiça Comum Federal”
- ❖ “Justiça Comum Estadual”



- ❖ 81,2 % de todos os juizes (03)
- ❖ 85 % de todos os litígios

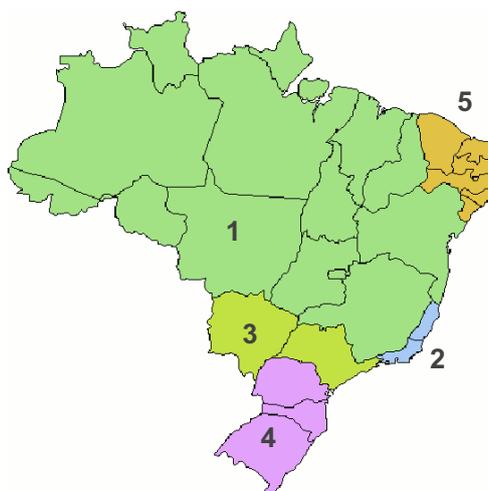
## Justiça comum federal

- ◊ 8,2 % de todos os juízes (03)
- ◊ 11,9 % de todos os litígios (03)
- ◊ Litígios de interesse da União
- ◊ Litígios envolvendo Estados Estrangeiros, organizações ou tratados internacionais
- ◊ Crimes políticos, contra interesse da União, de dimensão internacional ou econômicos
- ◊ Violação de direitos humanos (avocação)
- ◊ Cobrança de impostos federais

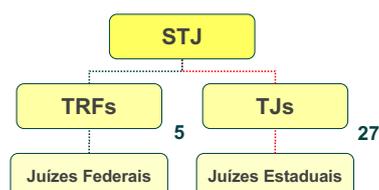


## Justiça comum federal

**Tribunais Regionais  
Federais**



## A “Justiça comum”

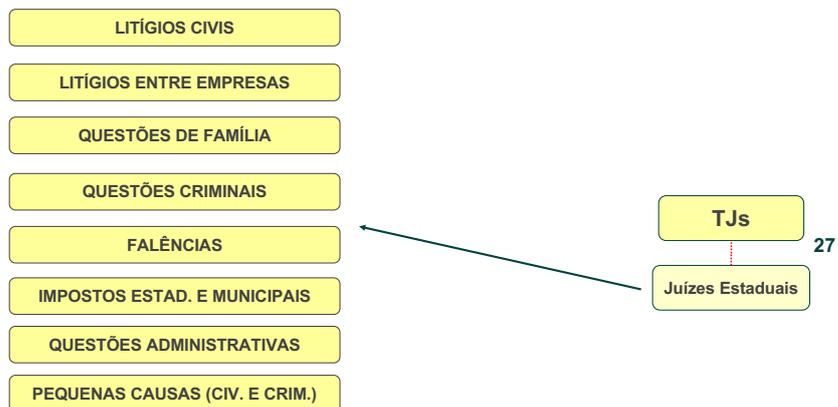


## Justiça comum Estadual

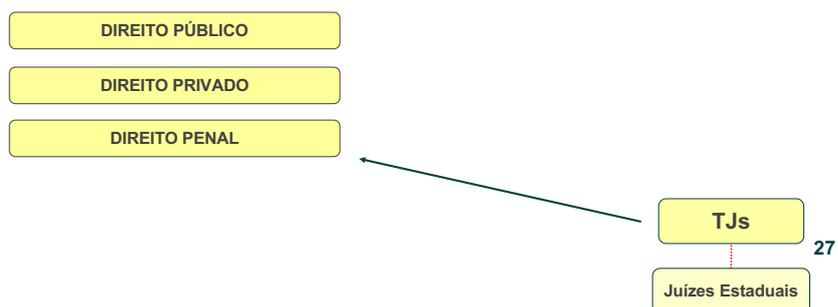
- ❖ 73 % de todos os Juizes (03)
- ❖ 73,1 % de todos os litígios (03)
- ❖ Questões de direito civil, comercial, administrativo, penal, etc.
- ❖ Conflitos entre particulares
- ❖ Conflitos envolvendo os Estados e Municípios
- ❖ Cobrança de impostos estaduais e municipais



## Justiça comum Estadual

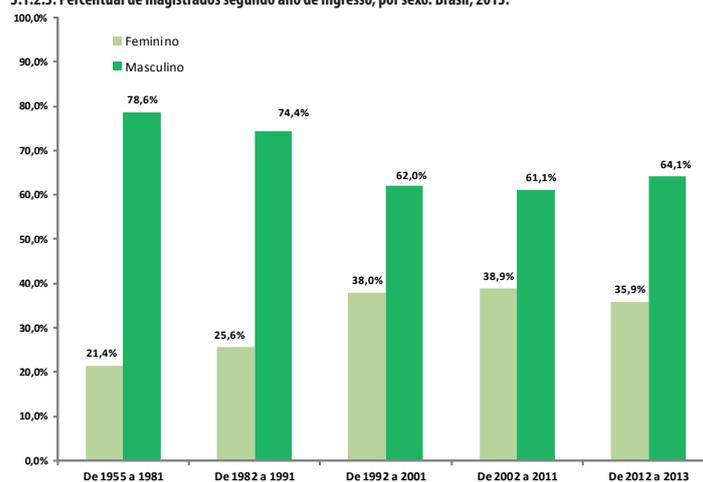


## Justiça comum Estadual



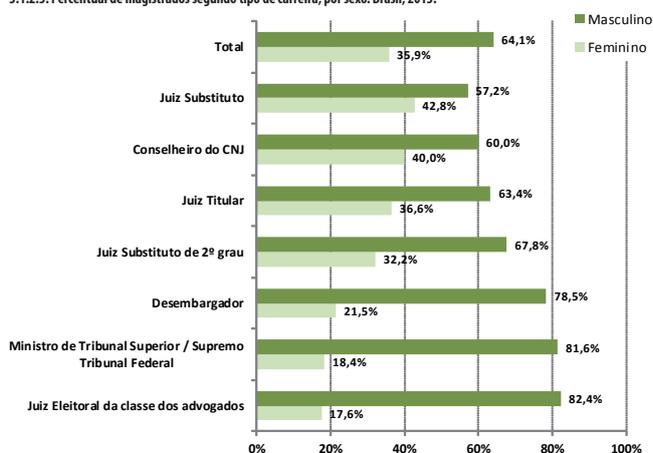
## Alguns dados demográficos

3.1.2.3. Percentual de magistrados segundo ano de ingresso, por sexo. Brasil, 2013.

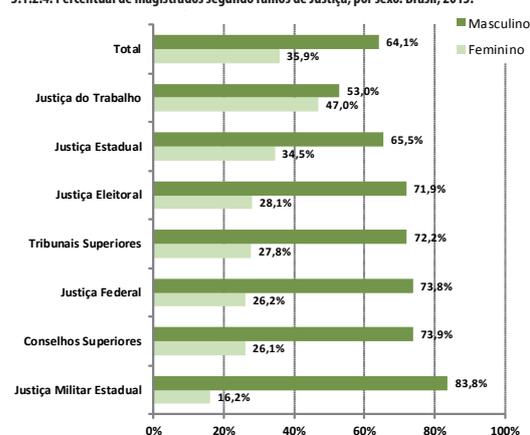


## Alguns dados demográficos

3.1.2.3. Percentual de magistrados segundo tipo de carreira, por sexo. Brasil, 2013.

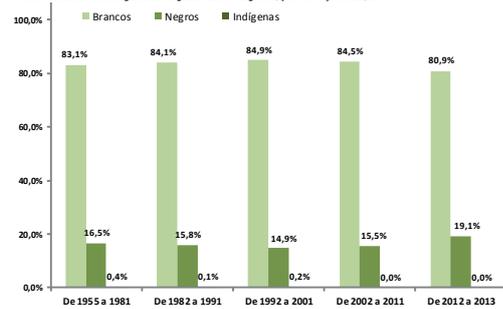


3.1.2.4. Percentual de magistrados segundo ramos de Justiça, por sexo. Brasil, 2013.

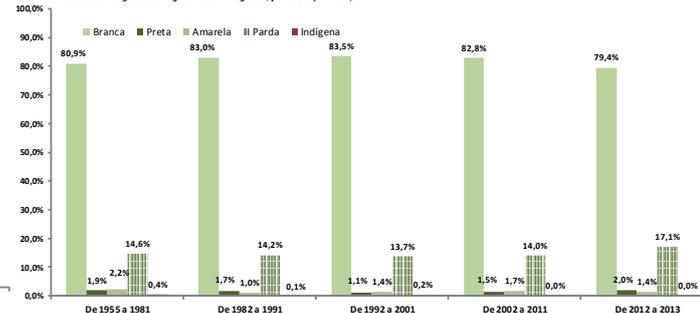


## Alguns dados demográficos

3.1.3.3. Percentual de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013.



3.1.3.4. Percentual de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013.



Aula 6

## Poder Judiciário II

A expansão do Poder Judiciário no mundo e no Brasil. A reconstrução institucional do Ministério Público e seu crescente protagonismo no cenário jurídico e político.



## A visão caricata da separação de poderes...

### A função de criação do direito:

- ❖ Competência exclusiva do Parlamento
- ❖ Princípios da legalidade e reserva de lei em sentido formal

### A função de aplicação do direito:

#### Aplicação contenciosa e interpretação autêntica

- ❖ Competência exclusiva do Judiciário
- ❖ Princípios da inércia, inafastabilidade e devido processo legal

#### Aplicação executiva e poder de polícia

- ❖ Competência exclusiva do Executivo
- ❖ Princípios do interesse público e discricionariedade administrativa

## A erosão da visão caricata...

### Controle de constitucionalidade e sua expansão global:

*A condição de poder político do judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função... Coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas... Capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo.*

Rogério Arantes

- ❖ Marbury v. Madison (1803)
- ❖ Dred Scott v. Sandford (1857)
- ❖ Lochner v. New York (1905)
- ❖ Brown v. Board of Education of Topeka (1954)
- ❖ Roe v. Wade (1973)
- ❖ Constituições européias do pós-guerras
- ❖ Processos globais de democratização
- ❖ Human Rights Act (1968)

## A erosão da visão caricata...

### Direitos sociais e Estado de Bem-Estar

*A juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios trabalhista, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade*

Boaventura de Souza Santos

- ❖ Crescente regulação das condições de trabalho e desempenho de atividades econômicas
- ❖ Crescente prestação de serviços sociais pelo Estado
  - ❖ Papel destacado do Executivo na regulação e fiscalização dessas atividades
  - ❖ *Agencificação, especialização técnica, e transformação no caráter da legislação*
- ❖ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
  - ❖ Incorporação de novos temas e agendas ao arcabouço dos direitos e do direito

## A erosão da visão caricata...

### Direitos difusos e coletivos

- ❖ Crescente regulação das relações de consumo
- ❖ Crescente preocupação com a "sub-representação" das massas de agentes econômicos e com o problema da "ação coletiva" (Marcur Olson)
- ❖ Crescente preocupação com a defesa do meio ambiente
  - ❖ *Soluções administrativas e judiciais se misturam na promoção da tutela desses novos interesse*

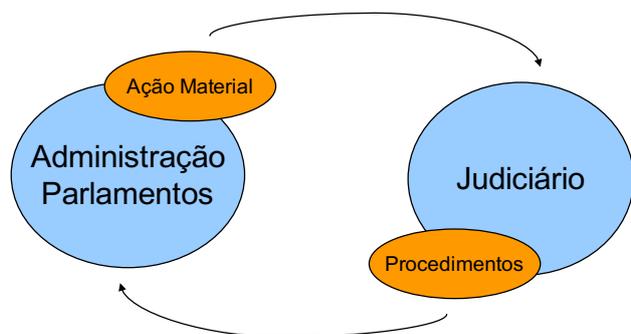
## Em resumo: fatores de propulsão do papel político da Justiça

- |  |          |                               |
|--|----------|-------------------------------|
| ❖ Burocratização do Estado Social              | ❖ EUA    | ➔ Direitos Civis              |
| ❖ Agigantamento do Poder Executivo             |          |                               |
| ❖ Redução no papel dos Parlamentos             | ❖ Europa | ➔ Estado de Direito           |
| ❖ Políticas generalizadas de direitos humanos  |          | Modelo social-democrata       |
| ❖ Nascimento dos direitos de solidariedade     |          | Unificação                    |
| ❖ Tutela judicial dos interesses difusos       |          | Queda do Muro de Berlim       |
| ❖ Crescente indeterminação dos comandos legais |          |                               |
|  | ❖ LatAm  | ➔ Redemocratização            |
|  |          | Direitos econômicos e sociais |

## Resultado dessa conjunção de fatores

- |   |   |
|---|---|
| ❖ Crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo Executivo                            | ❖ Adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos  |
| ❖ Crescente utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis,                            | ❖ Criação de instâncias supra-nacionais de resolução de conflitos e produção de políticas públicas, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, ou das Corte de Strasburgo e San Jose da Costa Rica |
| ❖ Formulação de demandas judiciais buscando a efetivação de direitos humanos de cunho social e econômico      |   |
| ❖ Introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial                                    |   |
| ❖ Organização de certas categorias ligadas aos setores judiciários em órgãos classistas e grupos de interesse |   |

## Resultado dessa conjunção de fatores



### Críticas e problemas:

- Legitimidade, capacidade e segurança jurídica

- Politização da Justiça e expansão de seu papel em nível global
- Uso do judiciário por grupos de pressão
- Uso do judiciário pela oposição política
- Judicialização (e por vezes criminalização) da política representativa

### Importante catalizador:

- Percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas (clientelismo, personalismo, corrupção)

## Como esses fenômenos repercutiram no Brasil?

### A LACP e o início do redesenho do papel do Ministério Público

- ❖ Papel tradicional: ajuizamento da ação penal e tutela de incapazes; conexão com o Poder Executivo (em outros países é o Judiciário)
- ❖ Rogério Arantes: *O processo de monopolização do uso legítimo da violência física levou a uma valorização do direito como instrumento de racionalização e legitimação do Estado e à Especialização de determinadas funções estatais correlatas. (...). O Ministério Público é justamente aquele órgão estatal que se especializou no exercício da função de persecução criminal. (...)*

- ❖ A primeira inflexão: debates na década de 70/80 sobre a tutela dos interesses difusos e coletivos

### ❖ Críticas:

- ❖ Tutela individual é insuficiente (problemas de ação coletiva)
- ❖ Tutela pelo poder público é complicada: MP, por exemplo, é instituição muito tradicional, desvinculada da sociedade, de caráter acusatório, ligada ao Executivo e ao Judiciário, não especializada e sem conhecimento técnico, mal aparelhada para lidar com fenômenos sociais e econômicos complexos.

## Como esses fenômenos repercutiram no Brasil?

### A LACP e o início do redesenho do papel do Ministério Público

- ❖ A reação da comunidade jurídica brasileira
  - ❖ PL 3.3034/84 (Projeto Bierrenbach)
  - ❖ O substitutivo do MP encampado pelo MJ (PL 4.984/85)
- ❖ Lei 7.347/85
  - Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:
    - I - ao meio-ambiente;
    - II - ao consumidor;
    - III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
    - IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (vetado e reintroduzido em 1990 pelo CDC)

## Como esses fenômenos repercutiram no Brasil?

### A LACP e o início do redesenho do papel do Ministério Público

- ❖ Outros interesses adicionados posteriormente:
  - ❖ infrações à ordem econômica (1994),
  - ❖ Ordem urbanística (2001),
  - ❖ Patrimônio público e social (2014),
  - ❖ Honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (2014)
- ❖ Alguns pontos relevantes:
  - ❖ Pedido pode ser condenação em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer
  - ❖ Admite tutela cautelar
  - ❖ Legitimidade ativa: MP, Associações, entes do Executivo
  - ❖ Previsão de um *inquérito civil público* de titularidade do MP
  - ❖ Previsão de *termos de ajustamento de conduta*

## Como esses fenômenos repercutiram no Brasil?

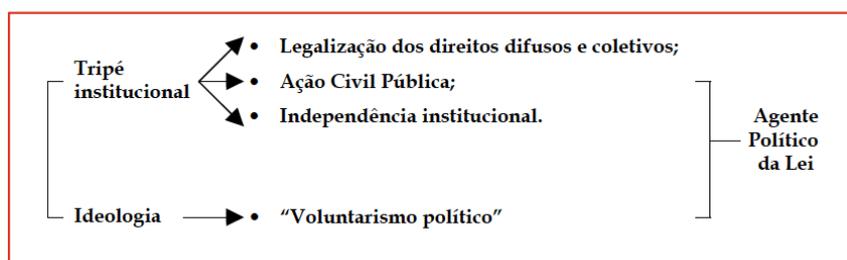
### Redesenho institucional do MP na Constituição de 1988

- ❖ Completa independência em relação ao Executivo
- ❖ Completa desvinculação da advocacia do Estado (criação da AGU)
- ❖ Competências explícitas para tutelar interesses *societas*
- ❖ Organização em carreira, com independência funcional dos membros, garantias semelhantes às da magistratura

### ❖ Inovações legislativas subsequentes:

- ❖ Lei de Proteção do Mercado Mobiliário (1989)
- ❖ Lei de Proteção das Pessoas com Deficiências (1989)
- ❖ Código de Defesa do Consumidor (1990)
- ❖ Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)
- ❖ Lei de Defesa da Concorrência (1994)
- ❖ Alterações na Legislação Processual (Injunctions - 1994)
- ❖ Etc.

## O novo Ministério Público Brasileiro



- Arantes: *A maior novidade institucional no Brasil, desde a redemocratização do país nos anos 1980.*
- Competências amplas de controle de políticas públicas e, hoje, combate à corrupção e crime organizado
- Baixíssima accountability
- Visão pessimista da capacidade de organização da sociedade civil (hipossuficiência)
- Visão cética e pessimista em relação às instituições políticas e valorização das instituições de justiça como principais responsáveis pela consolidação dos direitos no Brasil

## A Justiça e a Constituição de 1988

### A Constituição "Cidadã" de 1998:

- ❖ Plano de ação social...  
acompanhado de
- ❖ Instrumentos para sua postulação por via judicial
- ❖ *Estabelecimento de direitos econômicos e sociais*
- ❖ *Criação de novos órgãos e tribunais*
- ❖ *Ampliação expressiva do controle de constitucionalidade*
- ❖ *Mecanismos de amplo acesso às cortes superiores*
- ❖ *Previsão de Juizados Especiais de Pequenas Causas*
- ❖ *Etc.*

## Quais os resultados dessas transformações

### Erosão da visão caricata da separação de poderes

- ❖ Evidente papel de criação do direito dos órgãos judiciais
- ❖ Evidente papel desempenhado pelos temas políticos nos assuntos da justiça

### Outros resultados evidentes:

- ❖ Abertura de novos canais de participação política para a sociedade civil (reestruturação das dinâmicas de forças próprias ao jogo político representativo)
- ❖ Abertura de novos canais de responsabilização dos órgãos públicos e de deliberação coletiva
- ❖ Incremento expressivo no grau de litigiosidade e emperramento da máquina judiciária (grave crise de eficiência)
- ❖ Enorme incremento na criatividade e no ativismo
- ❖ Politização da Justiça e judicialização da política

Aula 7

## Processo Legislativo

O processo de produção de normas no legislativo federal: espécies normativas e introdução aos procedimentos de deliberação e aprovação. Processo legislativo e controle de constitucionalidade. As chamadas “inconstitucionalidades formais”.



## A função legislativa em nossas aulas anteriores...

### A Lei e o Parlamento

#### A função legislativa e o Papel do Parlamento:

CF art. 5º II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

Princípio da legalidade como reserva legal ?

#### Temas fundamentais:

- Conceito de lei e função legislativa
- Estrutura e funcionamento das casas legislativas
- **Processo legislativo**

### A função legislativa - Waldron

- Quando a lei é feita ou mudada, deve sê-lo explicitamente
- A produção do direito deve ser tratada com cuidado pelo legislador e não deve ser negligenciada diante de suas demais tarefas
- Deve ser feita por um mecanismo que dê voz e ouça os inputs de todos os interessados
- Deve haver espaço na produção do direito para o dissenso, e respeito pela opinião dissidente
- Os participantes do processo devem estar dispostos a mudar de opinião
- O procedimento deve ser formal e permitir o foco

nas questões centrais que estão sendo debatidas

- O procedimento decisório, em caso de desacordo, deve respeitar a isonomia entre os agentes envolvidos

- *Para que se*
- *Existem no*
- *Fazem sent*

### Papéis desempenhados pelos parlamentos modernos

- Representação política e legitimação do governo
- Deliberação e aprovação das leis (normas gerais)
- Fiscalização do Executivo
- Voto de descrédito, nos sistemas parlamentares
- Fiscalização orçamentária e contábil
- Fiscalização administrativa
- Accountability política
- Comissões Parlamentares de Inquérito e investigações parlamentares
- Etc.

“A lei, na moderna situação criada pela crescente intervenção da autoridade política na vida social, perdura a seu primitivo caráter de raridade e estabilidade e, convertida em forma comum de ação política, se transforma em algo necessariamente particular e mutável. Em contraste com a antiga distinção, pode-se afirmar que hoje se governa legislando.” (Dic. Pol., Maurizio Cottà)

**Processo:** dimensão substantiva e dimensão formal; conjunto de atos pré-ordenados para o atendimento de uma certa finalidade, de um certo objetivo

## Processo Legislativo na CF 1988

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

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



## STF ADC n. 3

### Questão:

O artigo 15 da Lei n. 9.424/96, que instituiu o salário educação, é formalmente constitucional?

As disposições contidas nesse artigo deveriam ter sido aprovadas, ao invés, por lei complementar?

As modificações introduzidas pelo Senado no texto aprovado na Câmara deveriam ter motivado o retorno do projeto à Câmara?

**INCONSTITUCIONALIDADES  
FORMAIS**

## Processo Legislativo na CF 1988

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

**I - emendas à Constituição;**

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

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

## Emendas à Constituição (Art 60)

### Iniciativa

- ❖ Ao menos 1/3 dos membros da CD ou SF
- ❖ Presidente da República
- ❖ Mais de 1/2 das AL, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (ICMS – Art. 155)

### Deliberação e Aprovação

- ❖ A proposta será discutida e votada em cada Casa do CN, em 2 turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros
- ❖ A matéria constante de proposta rejeitada ou prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.
- ❖ Cláusulas pétreas

### Atos Subsequentes e Publicação

- ❖ A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da CD e SF, com o respectivo número de ordem.

Atestação e comunicação da existência da norma

Precede a Publicação

## Leis (Art 61 – Procedimento Ordinário)

### Iniciativa

- ❖ Qq membro ou Comissão da CD, SF ou CN
- ❖ Presidente da República
- ❖ STF, Tribunais Superiores e PGR (para matérias de seu interesse)
- ❖ Iniciativa Popular: 1% do eleitorado, mínimo de 5 Estados (0,3% em cada)
- ❖ Pode ser concorrente ou *exclusiva*

### Deliberação e Aprovação

- ❖ Análise começa na casa que propôs, ou na CD nos demais casos
- ❖ Projeto aprovado numa casa é revisto na outra, em 1 turno de votação e discussão
- ❖ Projeto emendado retorna à casa original
- ❖ Concluída a votação, a lei vai para sanção
- ❖ Regime de urgência

### Atos Subsequentes e Publicação

- ❖ PR: sanciona ou veta, total ou parcialmente, por inconstitucionalidade ou interesse público (15 dias úteis)
- ❖ Veto parcial só de art., par., inc. ou alínea
- ❖ Veto pode ser derrubado em sessão conjunta do CN, por maioria absoluta
- ❖ Promulgação: PR (ou P/VP SF)
- ❖ Publicação

## Casos de iniciativa exclusiva

### Presidente da República

- ❖ Efetivos e regime jurídico dos integrantes das Forças Armadas
- ❖ Criação de cargos, funções ou empregos na AD e AI; servidores públicos da União e territórios (incluindo aposentadoria)
- ❖ Organização administrativa e judiciária
- ❖ Matéria tributária e orçamentária
- ❖ Organização do MP e DP da União, e normas gerais dos Estados e Territórios (concorrentemente com o PGR)
- ❖ Criação e extinção de Ministérios e órgãos da AP

### STF

- ❖ Estatuto da Magistratura (art. 93), proposta orçamentária, assuntos de seu interesse (art. 99)

### Tribunais Superiores

- ❖ Número de membros dos tribunais inferiores, remuneração, etc.

## Deliberação e Aprovação

### Deliberação e emendas

- ❖ Deliberação e votação são largamente reguladas pelos regimentos internos (em geral passam pela comissão temática e pela CCJ)

Art. 58. § 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;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

- ❖ Projeto emendado na casa revisora deve retornar para apreciação da emenda na casa de origem

### Quóruns de votação

- ❖ Maioria simples (maioria dos presentes): regra geral, leis ordinárias (art. 47, com quórum de instalação de maioria absoluta)
- ❖ Maioria absoluta (maioria dos membros de cada casa): leis complementares (art. 69)
- ❖ Maioria qualificada (3/5 dos membros de cada casa): emendas à Constituição (art. 60)

## Deliberação e Aprovação

### Lei Complementar

- ❖ Inelegibilidades, criação e fusão de Estados e Territórios, disciplina do Sistema Financeiro Nacional, disciplina de certas questões previdenciárias, tamanho da Câmara dos Deputados, Estatuto da Magistratura, precatórios nos Estados, organização dos tribunais, organização da AGU, DP, Forças Armadas, normas gerais e diversas outras disciplinas específicas em matéria de legislação tributária, empréstimos compulsórios, finanças públicas, etc.

### Urgência

- ❖ Pode ser solicitada em projetos de iniciativa do PR. Ausência de manifestação em 45 dias tranca a

pauta. Idem para a revisão da CD (10 dias)

- ❖ OBS: também há trancamento de pauta para o veto presidencial não analisado em 30 dias e para a MP não analisada em 45 dias de sua publicação

### Reapresentação

- ❖ Projeto rejeitado não pode retornar na mesma sessão legislativa, salvo proposta da maioria absoluta de qualquer das casas

## Medida Provisória

### Edição

- ❖ Ato unilateral do Presidente da República, em caso de relevância e urgência
- ❖ Força de lei e vigência imediatas por 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias (prazo suspenso no recesso do CN)

### Análise pelo CN

- ❖ Votação começa na CD. Deve ser concluída em até 45, sob pena de entrar em regime de urgência, trancando a pauta para demais matérias
- ❖ Se houver aprovação com emendas, a MP fica em vigor até a sanção ou veto
- ❖ Se ocorrer a rejeição, CN disciplinará por decreto

as relações jurídicas decorrentes da MP rejeitada, em 60 dias (caso contrário seguem regidas pela MP)

### Vedações

- ❖ Nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos, direito eleitoral
- ❖ Direito penal, processual penal e processual civil;
- ❖ Organização do Poder Judiciário e do MP, carreira e a garantia de seus membros; Sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo Lei complementar;
- ❖ Matéria disciplinada em projeto pendente de sanção ou veto

## Medida Provisória (Art. 62)

### Edição

- ❖ Ato unilateral do Presidente da República, em caso de relevância e urgência
- ❖ Força de lei e vigência imediatas por 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias (prazo suspenso no recesso do CN)

### Análise pelo CN

- ❖ Votação começa na CD. Deve ser concluída em até 45, sob pena de entrar em regime de urgência, trancando a pauta para demais matérias.
- ❖ Análise inicia em comissão mista, para verificação dos requisitos

- ❖ Se houver aprovação com emendas, a MP fica em vigor até a sanção ou veto
- ❖ Se ocorrer a rejeição, CN disciplinará por decreto as relações jurídicas decorrentes da MP rejeitada, em 60 dias (caso contrário seguem regidas pela MP)

### Vedações

- ❖ Nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos, direito eleitoral
- ❖ Direito penal, processual penal e processual civil;
- ❖ Organização do Poder Judiciário e do MP, carreira e a garantia de seus membros;

## Medida Provisória (Art. 62)

### Vedações

- ❖ Sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo
- ❖ Lei complementar;
- ❖ Matéria disciplinada em projeto pendente de sanção ou veto

### Matéria tributária

- ❖ Não há vedação. MP que institua ou majore impostos sujeitos à anterioridade (maioria salvo IE, IPE e IOF) só produz efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada

### Reedição

- ❖ MP rejeitada não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa

### MPs anteriores à EC 32/2001

- ❖ Tiveram sua eficácia estendida indefinidamente, valendo até deliberação definitiva pelo cN ou revogação por outra MP

## Leis Delegadas (Art. 68)

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

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

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

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

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

## Decretos Legislativos e Resoluções do CN

### Decretos Legislativos

- ❖ Atos de competência exclusiva do CN, que não dependem de sanção
- ❖ Art. 49: tratados, autorização para declaração de guerra, aprovação do estado de sítio e intervenção federal, sustação de atos do executivo, fixação da remuneração de deputados, senadores, PR, Ministros, apreciação das contas do PR, etc.

### Resoluções do CN

- ❖ Todas as demais deliberações (art. 51 e 52 – regimentos internos, instauração de processo contra o PR, apreciação de endividamento,

aprovação de autoridades, etc. – delegação legislativa, fixação de alíquotas máximas e mínimas de ICMS, suspensão de lei declarada inconstitucional pelo STF,

### Procedimento

- ❖ Deixado inteiramente a cargo dos Regimentos Internos.

## STF ADC n. 3

### Salário educação deveria ter sido criado por lei complementar?

- ❖ O artigo 146 da CF só exige lei complementar para definição do fato gerador, base de cálculo e contribuintes de imposto. Tais elementos, nas demais espécies tributárias, podem ser definidos por lei ordinária. O que exige lei complementar, em todas as espécies tributárias, é a definição do tributo. No caso do salário educação, já está definido pelo art. 212 da CF.

### As modificações introduzidas pelo Senado no texto aprovado na Câmara deveriam ter motivado o retorno do projeto à Câmara?

- ❖ Não, pois as emendas foram simplesmente de *redação*

**CONTROLE JUDICIAL:  
ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS  
VS  
ASSUNTOS INTERNA  
CORPORIS**

Aula 8

## Processo Administrativo

O “processo administrativo”: formulação de políticas públicas e exercício do poder de polícia. Procedimentos de deliberação no Congresso Nacional e no Executivo: comparação. Legitimação pela competência e a legitimação pelo procedimento. Audiências públicas e a produção normativa do Executivo. O problema das Medidas Provisórias



## Recordando: a ação material da Administração Pública

### “Administrar” é:

- ❖ Formular e colocar em ação políticas públicas de variada natureza (educação, saúde, serviços públicos, administração de bens públicos, etc.)
- ❖ Coletar os impostos necessários a essas políticas, bem como planejar e implementar a realização dos gastos correspondentes
- ❖ Fiscalizar o cumprimento das leis e regulamentos administrativos, aplicando sanções quando necessário
- ❖ Administrar os recursos materiais e humanos relacionados a essas atividades

### ❖ O que exige, entre outras coisas:

- ❖ Expedir normas gerais e regulamentos
- ❖ Cobrar impostos
- ❖ Fazer licitações e administrar os recursos materiais e humanos da administração, desapropriar bens, interditar atividades, indenizar pessoas, fazer contratos
- ❖ Apurar denúncias, fiscalizar atividades, aplicar sanções, expedir opiniões e pareceres
- ❖ Manter dados sobre as pessoas e os negócios
- ❖ Expedir atos administrativos de várias naturezas, e examinar, frequentemente, a legalidade desses mesmos atos

## A teoria por trás disso tudo...

### O "Ato Administrativo":

- ❖ Manifestação formal e material do exercício dessas competências, capaz de influir em situações jurídicas dos administrados
- ❖ Manifestação da *decisão* tomada pela Administração no exercício dessas competências
- ❖ Elementos fundamentais:
  - ❖ Conteúdo (o que foi decidido?)
  - ❖ Motivo (por qual razão?)
  - ❖ Finalidade (para qual finalidade?)

### ❖ O "Processo Administrativo":

- ❖ Regras sobre "como" decidir:
  - ❖ Competência (quem decidiu?)
  - ❖ Tempo (quando se decidiu?)
  - ❖ Participação (quem interferiu?)
  - ❖ Instrução (como foi obtida a informação?)
  - ❖ Forma (que formalidades foram seguidas?)
  - ❖ Controle (como sei que a decisão foi boa?)

LEGITIMAÇÃO

PROCESSUALIZAÇÃO

## Processualização e *red tape*

### Tendência global

- ❖ Espanha 1889, Áustria 1925, EUA - APA (46) FIA (67) PA (74) GSA (76) - Espanha 1958, Alemanha 1976, Itália 1990, Portugal 1992, etc.
- ❖ **Forma e formalismo**
- ❖ Burocracia administrativa e formalismo procedimental: avanço ou retrocesso?
- ❖ A forma e a noção de tipo no direito: busca de segurança
- ❖ "Administração Paralela", agências pós New Deal – a forma como garantia de legalidade
- ❖ Formalismos úteis e inúteis – a busca de substância no processo
- ❖ Processo administrativo e processo judicial: teoria e prática bem diferentes

## Um exemplo: o APA

- ❖ § 551 - Definitions
- ❖ § 552 - Public information; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings
- ❖ § 552a - Records maintained on individuals
- ❖ § 552b - Open meetings
- ❖ § 553 - Rule making
- ❖ § 554 - Adjudications
- ❖ § 555 - Ancillary matters
- ❖ § 556 - Hearings; presiding employees; powers and duties; burden of proof; evidence; record as basis of decision
- ❖ § 557 - Initial decisions; conclusiveness; review by agency; submissions by parties; contents of decisions; record
- ❖ § 558 - Imposition of sanctions; determination of applications for licenses; suspension, revocation, and expiration of licenses
- ❖ § 559 - Effect on other laws; effect of subsequent statute

## CF 1988

### Art. 5º (...)

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

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

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

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena (...)

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

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

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;

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

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

## CF 1988

### Art. 37º (...)

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 (...)

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,

(...)

- ❖ § 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, (...)
- ❖ II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (...)

## Legislação Infraconstitucional

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Processo Tributário</li> <li>❖ Processo Disciplinar</li> <li>❖ Processo Licitatório</li> <li>❖ Processo de desapropriação</li> <li>❖ Processos específicos relacionados à regulação setorial (telecomunicações, vigilância sanitária, etc.)</li> <li>❖ Processos sancionatórios específicos (CADE, BACEN, etc.)</li> <li>❖ Processos administrativos específicos (CADE, BACEN, etc.)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Leis gerais de Processo Administrativo               <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Paulista (Lei 10.177/98)</li> <li>❖ Federal (Lei 9.784/99)</li> </ul> </li> <li>❖ Códigos de Processo Civil e Processo Penal (aplicação supletiva e analógica)</li> </ul> |
|--|--|

## Visão Geral da Lei Paulista (Lei n. 10.177, de 30/12/98)

- ❖ Lei geral para a administração “centralizada ou descentralizada”
  - ❖ Aplicação subsidiária para os processos regulados em lei específica
  - ❖ Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.
  - ❖ Princípios da igualdade entre os administrados e devido processo legal (publicidade, contraditório, ampla defesa e motivação) nos processos administrativos
  - ❖ Direito de petição, manifestação, prova, vista e recurso
  - ❖ Regras de direito material e de processo
  - ❖ Algumas regras de direito material
    - ❖ Legalidade estrita na criação de condicionamentos, infrações e sanções
    - ❖ Regras sobre o regime de invalidades
- “Artigo 15, inciso I - nenhum regulamento poderá ser editado sem base em lei, nem prever infrações, sanções, deveres ou condicionamentos de direitos nela não estabelecidos”*

## Visão Geral da Lei Paulista (Lei n. 10.177, de 30/12/98)

- ❖ Principais regras de processo administrativo
  - ❖ Regras para distribuição da competência administrativa (indelegabilidade da competência para a edição de atos normativos que regulem direitos e deveres dos administrados)
  - ❖ Consulta pública facultativa e direito de resposta fundamentada (art. 28)
  - ❖ Audiência pública facultativa (art. 29)
  - ❖ Estabelecimento de prazos para a administração (art. 32 – sanção do art. 91), inclusive para atos decisórios (art. 33 – 120 dias). Rejeição implícita.
  - ❖ Regras de comunicação (citação pessoal nos processos sancionatório e de invalidação - obrigação de fornecimento do próprio endereço)
  - ❖ Recurso hierárquico, em 15 dias, recebido apenas no efeito devolutivo, salvo em caso de ineficácia da decisão final (decisão irrecorrível). Efeito devolutivo diferido
  - ❖ Legitimidade para recurso na defesa de “interesse ou direito” (art. 37)
  - ❖ Proibição da reformatio in pejus, salvo invalidação (art. 49)
  - ❖ Preclusão para a administração, salvo casos de revogação, anulação ou revisão (art. 51)

## Visão Geral da Lei Paulista (Lei n. 10.177, de 30/12/98)

### ❖ Procedimentos em espécie:

- ❖ Procedimento de Outorga
- ❖ Procedimento de Invalidação
- ❖ Procedimento Sancionatório
- ❖ Procedimento de Reparação de Danos
- ❖ Procedimento para Obtenção de Certidão
- ❖ Procedimento para Obtenção de Informações Pessoais
- ❖ Procedimento para Retificação de Informações Pessoais
- ❖ Procedimento de Denúncia

## Visão Geral da Lei Federal (Lei n. 9.784, de 29/01/99)

- ❖ Lei geral de processo administrativo aplicável à administração direta e indireta, ao legislativo e ao judiciário
- ❖ Princípios da AF: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*.
- ❖ Princípios do PAF: atuação conforme a lei e o Direito, atendimento a fins de interesse geral, proibição de renúncia total ou parcial de poderes ou competências, objetividade no atendimento do interesse público, atuação proba e de boa-fé, publicidade, adequação de meios e fins (proporcionalidade, razoabilidade), motivação, simplicidade formal e “observância das formalidades essenciais” à garantia de direitos, impulso de ofício
- ❖ Direitos e deveres do administrado:
  - ❖ Direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, à isenção de despesas processuais, ao tratamento cortês, à ciência dos trâmites do processo, a ter vista dos autos e cópias dos documentos neles contidos, à apresentação de alegações várias, à representação por advogado.
  - ❖ Dever geral de litigância proba (verdade, lealdade, boa-fé, colaboração)

---

## Reflexão final sobre a produção de normas no Executivo

---

- ❖ Comparado ao Processo Legislativo, como é o processo de produção de normas no Executivo?
- ❖ Quais as suas vantagens e quais as desvantagens?
- ❖ O que pode ser feito para melhorar esse processo?
  - ❖ E para controlá-lo melhor?

Aula 9

---

## Processo Judicial

---

O “processo judicial”: estruturação geral, garantias e normas processuais com status constitucional. O princípio do “devido processo legal”



## Qual é o *modo de ser* da Jurisdição?

**Lon Fuller**

**The Forms and Limits of adjudication (1957-1959)**

Forma de ordenação social	Modo de participação das partes afetadas
Contratos Eleições Adjudicação	Negociação Voto Apresentação de provas e de argumentos racionais

## Qual é o *modo de ser* da Jurisdição?

**Lon Fuller – The Forms and Limits of adjudication (1957-1959)**

- ❖ Adjudicação é retrospectiva, a legislação é prospectiva
- ❖ Acusações de culpa e conflitos entre direitos podem ser adjudicados, mas...
- ❖ Adjudicação é bilateral, e os conflitos que se resolvem por legislação são **policêntricos** (Metropolitan vs. National Gallery, Salários e Preços)
- ❖ Conflitos policêntricos somente podem ser resolvidos por acordo, por barganha
- ❖ Racionalidades distintas (decisões conforme **provas e direitos**, decisões conforme **interesses** (troca de batatas por cebolas) e decisões largamente emocionais)

## Qual é o modo de ser da Jurisdição?

VALLINDER, Tobjörn. *When the Courts Go Marching In.*

In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn (ed.). *The Global Expansion of Judicial Power.* New York: New York University Press, 1995.

Características	Corte	Corpo Legislativo
Atores	duas partes e um terceiro participante (o juiz)	várias partes
Métodos de trabalho	audiências públicas sopesamento de argumentos	barganha, frequentemente a portas fechadas, compromissos, trocas de favores
Regras básicas de tomada de decisão	decisão tomada por um juiz imparcial	princípio majoritário
Resultados	resolução de casos individuais (mas com a criação de precedentes, especialmente no controle de constitucionalidade)	regras gerais (leis, orçamentos), definição de políticas públicas
Implicações	determinação dos fatos (o que aconteceu) e da regra a ser aplicada (o que deve ser aplicado), "a única solução correta"	alocação de valores (frequentemente econômicos), "a solução politicamente possível"

## Qual é o processo de trabalho da Jurisdição?

	Iniciativa	Deliberação e Aprovação	Atos Subsequentes e Publicação
<i>Legislativo</i>			
<i>Judiciário</i>	<p><b>Demanda e Defesa</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Apresentação do caso por um terceiro a um juiz imparcial</li> <li>❖ Notificação da outra parte sobre a demanda</li> <li>❖ Defesa e resposta à defesa</li> <li>❖ Delimitação dos termos do litígio</li> </ul> <p style="text-align: right;"><b>Cautelares</b></p>	<p><b>Instrução</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Produção de provas requeridas pelas partes (documentos, exames, perícias, testemunhos, depoimentos, etc.)</li> <li>❖ Produção de provas determinadas pelo próprio juízo</li> </ul>	<p><b>Decisão e Recursos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ Decisão do caso pelo juízo (determinação dos fatos e aplicação do direito; condenação, declaração, modificação de situações jurídicas)</li> <li>❖ Recursos e respostas</li> <li>❖ Decisão dos recursos e trânsito em julgado</li> </ul> <p style="text-align: right;"><b>Execução</b></p>

## O Processo Judicial na CF 1988: Acesso à Justiça e Devido Processo Legal

### Acesso à Justiça

- ❖ Art. 5. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça a direito**;

### Contraditório e Ampla Defesa

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

## Devido Processo Legal Constitucional

### Art. 5º

- ❖ 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**;
- ❖ 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;
- ❖ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**;
- ❖ XXXVII - não haverá juízo ou **tribunal de exceção**;
- ❖ 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;

## Devido Processo Legal Constitucional

### Art. 5º

- ❖ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela **autoridade competente**;
- ❖ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por **meios ilícitos**;
- ❖ LVII - ninguém será considerado **culpado** até o **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória;
- ❖ LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;
- ❖ LX - a lei só poderá restringir a **publicidade** dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;
- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ 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**;

## Devido Processo Legal Constitucional

### Art. 5º

- ❖ LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
- ❖ LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
- ❖ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ 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;

## Devido Processo Legal Constitucional

### Art. 5º

- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ 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;
- ❖ LXXIV - o Estado prestará **assistência jurídica** integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
- ❖ LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

## Devido Processo Legal Constitucional

### Art. 5º

- ❖ 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

### Art. 93

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

## Pacto de San Jose (Dec. 678/1992)

### Art. 8. Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela., ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

e) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livre e em particular, com seu defensor;

## Pacto de San Jose (Dec. 678/1992)

### Art. 8. Garantias Judiciais.

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio ou não nomear defensor dentro do prazo estabelecido por lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

h) direito de recorrer da sentença para um juiz ou

tribunal superior;

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em Julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

## HC 73.351

### Resumo do caso:

- ❖ O que aconteceu? Quais os fatos?
- ❖ Quais os temas jurídicos discutidos?
- ❖ Qual a decisão do tribunal?

### Questões centrais:

- ❖ A prova obtida por meio ilícito pode ser usada em processo?
- ❖ A prova obtida por meio ilícito invalida as demais provas dela decorrentes?

### Outras questões para reflexão:

- ❖ A decisão quanto ao ponto 3 acima é interpretação ou criação do direito? V. pg. 27. O Min. Neri da Silveira diz (pg. 51) que não há nenhuma norma na CF que suporte a conclusão do relator.
- ❖ O que o Min. Marco Aurélio quer dizer quando fala (pg. 39) que o direito é uma ciência e que por isso os meios justificam os fins mas não o inverso?
- ❖ Como explicar a análise consequencialista que sustenta uma ou outra posição (pg. 10 e , p. Ex.)?
- ❖ Qual a aplicabilidade das doutrinas estrangeiras? Existe mesmo o problema da transposição para culturas diferentes (pg. 11)?

Aula 10

## Controle de Constitucionalidade I

Introdução ao controle de constitucionalidade das leis. Papel e formas de exercício na experiência brasileira. Controle difuso e controle concentrado. É preciso *judicializar* o controle de constitucionalidade das leis? A tradição americana e a chamada “objeção contramajoritária”. Reflexões para o caso brasileiro.



## Controle de Constitucionalidade e Constitucionalismo

### A idéia central:

- ❖ Higher Law (Corwin, The "Higher Law" Background of American Constitutional Law, 1929)

### O "Modelo Inglês"

- ❖ Documentos constitucionais, pactos históricos relevantes, organização do Estado
- ❖ Common Law, Soberania do Parlamento
- ❖ Coke (*Thomas Bonham v College of Physicians*, 1610), Blackstone (1765)

### O "Modelo Francês"

- ❖ Constituição escrita
- ❖ Codificação, legalismo, crença no caráter organizador do Código
- ❖ Sieyes, Constant, Rousseau

### O "Modelo Americano"

- ❖ Constituição escrita, controle de constitucionalidade
- ❖ Common Law, ativismo judicial
- ❖ Federalistas, Jefferson, Marshall

## A Lógica do Controle de Constitucionalidade

### Marshall e Kelsen:

- ❖ O papel da jurisdição é justamente o de dizer o direito, logo aplicar a Constituição é papel do juiz
- ❖ A constituição rígida não seria rígida, nem suprema, se pudesse ser alterada ou ignorada pelo Parlamento

*"Sem esse controle, a supremacia da constituição seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa dos poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental"*

Bonavides

### Contrapontos:

- ❖ Carlos Santiago Nino. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Cap. 7.
- ❖ Michel Troper. *Marshall, Kelsen, Barak and the constitutionalist falacy*

## A Lógica do Controle de Constitucionalidade

### Nino sobre Marshall:

- ❖ **Premise 1:** The duty of the judiciary is to apply the law.
- ❖ **Premise 2:** When there are two contradictory laws, the application of one of them excludes that of the other.
- ❖ **Premise 3:** The constitution both is the supreme law and defines what other norms are law.
- ❖ **Premise 4:** The supremacy of the constitution implies that when it is in conflict with a norm enacted by the legislature, the latter ceases to be valid law.
- ❖ **Premise 5:** If premise 4 were not true, the

legislature could modify the constitution through an ordinary law, and thus the constitution would not be operative in limiting that legislature.

- ❖ **Premise 6:** The legislature is limited by the constitution.
- ❖ **Premise 7:** If a norm is not a valid law, it lacks binding force.
- ❖ **Conclusion:** If an enactment of the legislature is contrary to the constitution, it is not binding upon the judiciary.

### Nino sobre o "problema de Kelsen":

- ❖ Validade: pertencimento e obrigatoriedade das normas são conceitos diferentes

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Americano"

- ❖ Province and duty (rigidez, supremacia, controle)
- ❖ Todo o "modo de ser" da jurisdição se aplica:
  - ❖ A competência é de qualquer juiz
  - ❖ Inércia
  - ❖ Vinculação a casos concretos (legitimidade de partes e interesse de agir)
  - ❖ A questão constitucional é incidente e instrumental ao julgamento
  - ❖ A universalização da decisão se dá com base apenas no sistema de precedentes.
- ❖ Amplo espaço para o controle material, especialmente baseado em direitos e "princípios"
- ❖ Problemas de coordenação e segurança jurídica
- ❖ Problemas de "filtro" na Corte Suprema
- ❖ Problemas de interpretação

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

- ❖ Kelsen e a teoria da validade das normas (sobre o paradoxo da conformidade do direito com o próprio direito):

*(...) é inexata essa noção da relação existente entre a legiferação e a execução. Não há entre as duas funções uma oposição absoluta, como entre a criação e a aplicação do Direito, mas antes uma oposição meramente relativa. Um exame mais apurado mostra que ambas as funções são um ato de criação e, ao mesmo tempo, de aplicação do Direito. A legiferação e a execução não são duas funções estatais coordenadas; são duas etapas hierarquizadas do processo de criação do Direito e, também, duas etapas intermediárias. Tal processo não se limita à legiferação: começa na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, prossegue com a*

*Constituição e, vencidas as etapas sucessivas da lei, do regulamento, do julgamento e do ato administrativo, termina com os atos de execução material (...) desses últimos."*

*Uma vez que, no essencial, a Constituição rege a feitura da lei, a legiferação é, em relação à Carta Suprema, aplicação do Direito. Ao contrário, em relação ao regulamento e outros atos subordinados à lei, a legiferação é criação de Direito.*

*A liberdade do legislador, subordinado apenas à Constituição, só conhece limitações relativamente inexpressivas, o que lhe dá um poder de criação relativamente amplo. E, a cada escalão transposto ao descer na ordem jurídica, vai modificando-se a relação liberdade /limitação, em favor desta: vai aumentando o grau de aplicação e diminuindo o de liberdade.*

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

- ❖ Controle de constitucionalidade:

*"(...) uma lei pode ser inconstitucional em razão de alguma irregularidade processual cometida em sua feitura ou porque seu conteúdo contraria os princípios ou orientações formulados na Constituição, extrapolando os limites nela estabelecidos.*

*(...) A anulabilidade do ato irregular significa que é possível apagá-lo, assim como suas consequências jurídicas. Na verdade, a anulação comporta diversos graus de alcance e de efeito no tempo.*

*(...) anular uma lei equivale a ditar uma norma geral: a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de*

*generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo e, portanto, uma função legislativa. Destarte, o tribunal que tem o poder de anular leis é um órgão do poder legislativo.*

*(...) A independência desse órgão em relação ao Parlamento e ao governo é um postulado evidente, na medida em que são eles que, por serem órgãos participantes do processo legislativo, devem ser controlados pela jurisdição constitucional.*

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

#### ❖ O Tribunal Constitucional:

*Nesse particular, não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis, devendo a organização da jurisdição constitucional adaptar-se às peculiaridades de cada uma. Entretanto, pode-se tecer algumas considerações de alcance e valor gerais: o número de seus membros não deverá ser muito grande, pois deverá deliberar sobre questões de direito, cumprindo uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição. Entre as modalidades de recrutamento mais típicas, não há como advogar sem ressalvas a eleição pura e simples pelo Parlamento, nem tampouco a nomeação de responsabilidade exclusiva do chefe do Estado ou do governo. Talvez se possa conjugá-las, por exemplo fazendo com que os juízes sejam eleitos pelo Parlamento*

*em lista elaborada pelo governo, o qual deveria designar vários candidatos para cada vaga a preencher, sendo também possível o inverso. É de suma importância dar, na composição da jurisdição constitucional, o devido lugar a juristas profissionais. Um procedimento interessante para tal seria outorgar às Faculdades de Direito ou a uma comissão de que todas participem o direito de apresentar candidatos para, pelo menos, parte dos cargos ou, ainda, outorgar ao próprio tribunal o direito de apresentar candidatos para cada vaga, que seria provida mediante eleição, i.e., mediante cooptação. Pois o tribunal tem o maior interesse em reforçar sua autoridade, chamando eminentes especialistas. Outrossim, é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento e do governo, pois são justamente seus atos os que serão controlados por ela.*

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

#### ❖ O Tribunal Constitucional:

*Manter a jurisprudência do tribunal a salvo de toda influência política será uma tarefa tão difícil quanto desejável. Não se pode negar que especialistas também possam – consciente ou inconscientemente – deixar que considerações políticas determinem sua atuação. E, caso seja particularmente sério esse perigo, será quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta – portanto incontrolável – dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo prevendo que parte dos cargos sejam providos pelo Parlamento mediante eleição, proporcionalmente à representação partidária. Se os outros cargos forem*

*atribuídos a especialistas, esses ficarão livres para ater-se muito mais a considerações meramente técnicas, sabendo que a defesa dos interesses propriamente políticos está a cargo de outros membros.*

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

#### ❖ Direitos fundamentais:

*Embora a aplicação das normas do Direito internacional pelo tribunal constitucional esteja sujeita às limitações que acabamos de assinalar, deve-se descartar liminarmente a possibilidade de aplicação de outras normas que não as jurídicas, de quaisquer normas "superpositivas". Vê-se asseverar, por vezes, que existem, acima da Constituição de qualquer Estado, certas regras do direito natural que até as autoridades estatais encarregadas da aplicação do Direito deveriam respeitar. (..) E não passa de aparência enganosa quando as coisas são diferentes, como quando, às vezes, a própria Constituição se refere a esses princípios ao invocar os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade,*

*moralidade etc., sem absolutamente especificar o que se deve entender com isso. Se essas fórmulas não têm outra significação que a ideologia política corrente com que procura adornar-se qualquer ordem jurídica, a delegação da equidade, liberdade, justiça, moralidade etc. significa apenas, na falta de esclarecimentos sobre esses valores, que o legislador e os órgãos de aplicação da lei estão autorizados a lidar de forma discricionária com o domínio a eles confiado pela Constituição e pela lei. Pois essas concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade etc. apresentam tamanha divergência conforme o ponto de vista dos interessados que, se o Direito positivo não consagrar uma delas, qualquer regra de direito pode chegar a ser justificada por uma dessas possíveis interpretações.*

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### O "Modelo Austríaco"

#### ❖ Direitos fundamentais:

*"Mas, em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa, nem pode significar, que a contrariedade do Direito positivo à concepção pessoal de liberdade, igualdade etc. dos órgãos de criação do Direito os desobrigue, em qualquer hipótese, de sua aplicação. Destarte, as fórmulas em questão não soem ter grande significação. Nada acrescentam ao estado real do Direito.*

*No entanto, justamente no domínio da justiça constitucional, essas fórmulas podem desempenhar um papel sobremaneira perigoso. Poder-se-ia interpretar as disposições da Constituição que convidam o legislador a pautar-se pela justiça, a equidade, a igualdade, a*

*liberdade, a moralidade etc. como orientações relativas ao conteúdo das leis. Essa interpretação seria evidentemente errada, pois assim seria, apenas, se a própria Constituição estabelecesse uma orientação precisa, se ela mesma indicasse algum critério objetivo. Entretanto, desvanecer-se-á facilmente o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que se encontram nas Declarações de direitos individuais e, com isso, não é impossível que um tribunal constitucional, chamado a deliberar sobre a constitucionalidade de uma lei, a anule por ser injusta, uma vez que a justiça é um princípio constitucional, que esse tribunal deve aplicar. Mas aí a potência do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável."*

Kelsen, A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)

## Controle Difuso e Controle Concentrado

### Opções adotadas na 2ª metade do Século XX

- ❖ Itália (1946), Alemanha (1949), etc: cortes constitucionais
- ❖ França (1958, 1974, 2010): controle "preventivo"
- ❖ Inglaterra: HRA (1998)
- ❖ Tendência à convergência (modulação no sistema difuso, reformas no modelo concentrado, etc.)?

### Quadro Comparativo:

• EXCEÇÃO	CONCRETO	INCIDENTAL	DIFUSO	DECLARATÓRIO (EX TUNC)
• AÇÃO	ABSTRATO	PRINCIPAL	CONCENTRADO	CONSTITUTIVO (EX NUNC)

## Controle Difuso e Controle Concentrado - Institucionalidade

SUPREME COURT	CONSTITUTIONAL COURT		EUA	EUROPA CONTINENTAL
<b>Legal philosophy underneath:</b> "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is" (1803)	<b>Legal philosophy underneath:</b> "Les tribunaux ne peuvent... s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution" des lois..." (1791)	<b>CORTES SUPERIORES</b>  <b>DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL</b>  <b>PESSOAL</b>  <b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b>	Estrutura unitária e compacta	Múltiplas cortes com competências específicas Grande número de magistrados
<b>When did it start to work/review?</b> ~1803	<b>When did it start to work/review?</b> ~ After World War II		Vista com bons olhos Certiorary Precedentes organizados e conhecidos	Vista com descrédito Necessidade de julgar todos os casos Decisões em grande quantidade, não sistematizadas, desconhecidas pela própria corte
<b>Who can bring an action:</b> Anyone who has lost a case involving the interpretation of federal or federal constitutional law, and is able to show that necessary requirements for review are met	<b>Who can bring an action:</b> Only a few individuals or institutions, usually the President, the Prime Minister, a group of Congressmen, the Judiciary, etc.		Nomeações políticas Juizes com atuação política Criadores de Direito	Juizes de carreira Atuação técnica Aplicadores de regras preexistentes
<b>Filters?</b> Certiorari	<b>Filters?</b> Not necessary		Controle difuso, feito por qualquer juiz Interpretação constitucional não difere da interpretação do Direito em geral Efeito erga omnes, stare decisis	Controle concentrado em cortes constitucionais (maior discricionariiedade, maior criatividade, efeito vinculante das decisões)
<b>Who will decide the case:</b> The highest court in the country; a part of the judiciary	<b>Who will decide the case:</b> An institution which is <i>apart</i> from the judiciary			
<b>What is on stake?</b> The application of law to the particular case brought before the court; cases and controversies, "concrete review" <i>Federal and Constitutional Law</i>	<b>What is on stake?</b> The analysis of the statute being challenged on the basis of unconstitutionality, "abstract review" <i>Only Constitutional Law</i>			
<b>What happens after the ruling?</b> The court will solve the case, but the principle of law stated for that purpose will become "law of the land", binding upon all other courts	<b>What happens after the ruling?</b> It will be as if the statute is no longer in force; the court may sometimes regulate the <i>des a quo</i> for the production of that effect			
<b>Who will be seating at the court?</b> A few people appointed (on political basis) by the President, with the "advice and consent" of the Senate	<b>Who will be seating at the court?</b> A few people selected by means of different techniques; usually appointed by representatives of the three branches of the government			
<b>For how long?</b> For life tenure	<b>For how long?</b> Usually for a fixed term			

## O Controle de Constitucionalidade no Brasil

### Antecedentes

- ❖ Império
- ❖ Dec. 510/1890, Dec. 848/1990, CF 1991
- ❖ CF 34 (Rep. Inconst. Interv. Federal)
- ❖ EC 16/1965 (Rep. Inc. PGR)

- ❖ Inconstitucionalidade por ação e omissão, inconstitucionalidade de emendas
- ❖ Instrumentos: ADI, ADPF, MI, Rext, Art. 52, X
- ❖ EC 3/93: ADC
- ❖ EC 45/2004

### Constituição de 1988

- ❖ Controle difuso e concentrado (com grande incremento do papel do controle concentrado)
- ❖ Inconstitucionalidade material e formal

### Controle não Judicial

- ❖ Preventivo: CCJ e Poder de Veto
- ❖ Ex-post: aplicação do direito pelo próprio Executivo
- ❖ Ex-post: Art. 52, X

## A Objeção Contramajoritária

### Colocação do problema

*"I did not expect, sir, to find the doctrine of the power of the courts to annul the laws of Congress as unconstitutional, so seriously insisted on..."*

*I would ask where they got that power, and who checks the courts when they violate the Constitution? Would they not, by this doctrine, have the absolute direction of the Government? To whom are they responsible?"*

**Senador John Breckinridge (Kentuck) - 11 Annals of Cong. 178-79 (1802)**

*"This independence of the Judiciary, so much desired, will, I fear sir, if encouraged or tolerated, soon become something like supremacy"*

**Senador George Mason - idem**

*"The Judges should, in a calm and unprejudiced manner, explain what the law literally is, and not what it ought to be"*

**Charles Pinckney – 11 Anuais of Cong. 583 (1802)**

*Are not judges men? Are they not men subject to like passions and like feelings as other men?"*

**Rep. Lowndes - idem**

## A Objeção Contramajoritária

### Colocação do problema

*"When the legislative or executive functionaries act unconstitutionally, they are responsible to the people in their elective capacity. The exemption of the judges from that is quite dangerous enough. I know no safe depository of the ultimate powers of society but the people themselves"*

#### Idem

*"The Constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please".*

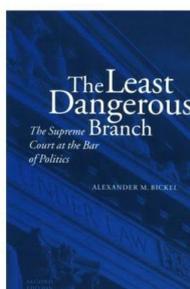
**Letter from Thomas Jefferson to Judge Spencer Roane (Sept. 6, 1819)**

*"[To consider] "the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions, [is] "a very dangerous doctrine indeed ... The Constitution has erected no such single tribunal, knowing that to whatever hands confided, with the corruptions of time and party, its members would become despots."*

**Carta de Thomas Jefferson a Willam Charles Jarvis (Sept. 28, 1820)**

*(Barry Friedman, The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part I)*

## A Objeção Contramajoritária



*"The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system."*

*"Judicial review (...) is the power to apply and construe the Constitution, in matters of the greatest moment, against the wishes of a legislative majority, which is, in turn, powerless to affect the judicial decision."*

### As grandes questões...

- ❖ Como se protegem e como se definem os direitos? Os direitos são tema próprio ao direito ou à política? Qual é o papel das Cortes de Justiça em relação aos direitos?
- ❖ Qual a diferença e os limites entre a política e o direito? Qual o limite entre criação e aplicação do direito?
- ❖ Qual a diferença entre direito e moral?
- ❖ O que é a democracia? Há "pré-condições" a ela que devam ser defendidas pelos Tribunais?

## A Objeção Contramajoritária

### Ativismo e auto-contenção:

- ❖ Troper: a questão é que a interpretação é uma função da vontade, não do conhecimento
- ❖ Qual a solução que decorreria da doutrina da separação de poderes?
- ❖ A exclusão das "questões políticas" é uma solução possível
- ❖ A solução pode ser jurídica ou é apenas política?

### Possíveis soluções "dogmáticas" e alguns debates acadêmicos relevantes

- ❖ John H. Ely – Democracy and Distrust
- ❖ Carlos Nino – The Constitution of Deliberative Democracy
- ❖ Carolene Products - USSC
- ❖ Objetivismo moral e competências institucionais: o debate Waldron – Dworkin
- ❖ Supremacia dos princípios e discricionabilidade judicial: o debate Hart - Dworkin
- ❖ Proporcionalidade e Neo-Constitucionalismo: Robert Alexy e a tradição alemã