



Bibliografia:

FERNANDES, Bernardo. Curso de Direito Constitucional.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gomet. Curso de Direito Constitucional.

Avaliações:

29/10/12 – 1ª Prova. Matéria: pontos 1, 2, 3. Valor: 30 pontos.

26/11/12 – 2ª Prova. Matéria: pontos 3, 4. Valor: 40 pontos.

17/12/12 – 3ª Prova. Matéria: pontos 4, 5, 6. Valor: 30 pontos.

Programa

1. Preâmbulo

2. Princípios fundamentais da RFB

- Fundamentos
- Objetivos
- Relações Internacionais
- Separação dos Poderes

3. Teoria dos Direitos Fundamentais

- Classificação dos DGF
- Características dos DGF

4. Análise dos DGF na Constituição de 1988

- Direitos individuais e coletivos
- Direitos de Nacionalidade
- Direitos Políticos

5. Organização político-administrativa da RFB

- Federalismo: estrutura
- Repartição de competências na Constituição de 1988*

6. Intervenção

- Intervenção federal

Estrutura da Constituição

A Constituição é dividida em três partes: preâmbulo, parte dogmática e parte transitória.

1. Preâmbulo

1.1. Conceitos

- Diploma (carta) de intenções
- Proclamação de princípios, que indicam a ruptura com uma ordem e o estabelecimento de uma nova ordem constitucional.
- Certidão de origem e legitimidade

1.2. O Preâmbulo nas Constituições Brasileiras

O Brasil tem a tradição de trabalhar com a parte introdutória da Constituição, o preâmbulo. Todas as constituições brasileiras adotaram o preâmbulo.

1.3. Considerações

a) O preâmbulo é dotado de força normativa? Faz parte do texto constitucional propriamente dito? Há duas grandes correntes sobre esse tema. A primeira delas entende que o preâmbulo é dotado de força normativa e que faz parte do texto constitucional, por uma interpretação sistemática. A segunda, por outro lado, entende que o preâmbulo não tem força normativa nem faz parte do texto constitucional propriamente dito; trata-se de uma interpretação literal do próprio texto do preâmbulo. Do próprio preâmbulo infere-se que a Constituição começa no art. 1º¹.

b) Nomenclatura das correntes.

- **Relevância jurídica direta ou imediata:** advoga a força normativa do preâmbulo e o inclui ao texto constitucional; é norma constitucional como qualquer outra norma; é parâmetro de controle de constitucionalidade, etc. Adotada no direito francês, desde 1971, quando foi reconhecida a força normativa do preâmbulo pelo Conselho constitucional (órgão que controla a constitucionalidade das leis na França).
- **Relevância jurídica indireta ou mediata:** preâmbulo auxilia a interpretação e integração das normas constitucionais, sem, contudo, ser efetivamente norma constitucional.
- **Irrelevância jurídica:** entende que o preâmbulo é um texto meramente simbólico, mera diretriz de cunho político e não jurídico. Na ADI 2076, o STF adotou essa tese.

Obs.: Na recente ADI 2649, a ministra, Carmem Lúcia, em seu voto, se posicionou pela relevância jurídica do preâmbulo. Isso mostra uma tendência de o STF mudar de posicionamento.

¹ ...promulgamos sob a proteção de Deus, a SEGUINTE Constituição...

Princípios Fundamentais da RFB

1. Conceito

O surgimento da ideia de princípios surgiu no advento do pós-positivismo, quando começaram a ser considerados como normas jurídicas, ou seja, quando deixaram de serem meras fontes supletivas e passaram a ser dotados de força normativa. Desse modo, as novas Constituições que surgiram na segunda metade do século XX apresentavam normas que se dividem em princípios e regras. Em suma, os princípios e regras podem ser diferenciados pelo seu grau de abstração (princípios possuem maior grau de abstração que as regras; critério quantitativo), grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto (princípios necessitam de mediações concretas de um juiz ou legislador; regras tem aplicação direta), caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do Direito (princípios tem natureza estruturante), proximidade da ideia de direito (os princípios são enxergados como padrões, ao passo que as regras têm um conteúdo meramente formal) e a natureza normogénica (os princípios são fundamentos de regras).

Partindo do pressuposto de que os princípios também são normas jurídicas, o texto constitucional, logo em sua abertura, apresenta os chamados princípios estruturantes ou princípios fundamentais, que estabelecem as decisões políticas essenciais quanto à forma e à estrutura do Estado e do governo (art. 1º ao 4º). Eles estruturam todo o ordenamento e percorrem toda a Constituição.

Título I, Dos Princípios Fundamentais.

Art. 1º: Fundamentos da RFB;

Art. 2º: Princípio da Separação dos Poderes;

Art. 3º: Objetivos da Constituição;

Art. 4º: Princípios nas relações internacionais.

2. Enquadramento

- Teoria dos princípios: normas constitucionais.

- Sistemática: sistema constitucional: princípios fundamentais (art. 1º ao 4º) → princípios constitucionais gerais (derivam dos princípios fundamentais. São especificações dos princípios fundamentais. Ex.: art. 5º; princípio da legalidade, que deriva do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito) → princípios setoriais específicos (são derivados dos princípios constitucionais gerais. Presidem um conjunto de normas específicas sobre determinado tema ou fornecem um detalhamento dos princípios gerais. Ex.: princípio da reserva legal penal; princípio da legalidade tributária; princípio da legalidade administrativa).

3. Análise específica

3.1. Princípios fundamentais (art. 1º, caput):

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

a) Princípio da forma de governo republicana. Estabelece a relação entre governantes e governados. A república caracteriza-se pela soberania do povo, igualdade formal entre as pessoas, eleição dos detentores do poder político e responsabilidade política do Chefe de Governo e/ou do Estado.

b) Princípio do Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, as limitações ao próprio Estado e aos governantes implicam em uma subjugação completa à Constituição. Representa um novo paradigma que surge a partir da junção do Estado de Direito (o Estado é detentor da soberania, e não o monarca; ideia de impessoalidade do poder) e do Estado Democrático (caracterizado pelo poder do povo, superioridade da Constituição, existência de direitos fundamentais, da legalidade das ações estatais e um sistema de garantias jurídicas e processuais) e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. O Estado Democrático de Direito é dotado de procedimentos que permitem a participação da sociedade.

c) Princípio da forma de Estado Federal (República Federativa). A Federação é caracterizada pela união indissolúvel de organizações políticas dotadas de autonomia, com fim de criação e manutenção do Estado Federal. Ao se reunirem, essas coletividades perdem a soberania, dentre outras prerrogativas, em prol do benefício do todo.

d) Princípio da separação dos poderes².

3.2. Fundamentos da RFB (art. 1º)

I. Soberania (clássica): poder máximo no âmbito interno e igualdade no âmbito externo. É um poder de subordinação interna e de coordenação no âmbito externo. A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível.

II. Cidadania: possibilidade de participação de forma inclusiva (alguns autores falam da não exclusão) na vida política do Estado e da sociedade. A cidadania é tanto um status quanto um direito que deve ser sempre exercido. Ou seja, vai além do simples direito de voto e deve ser exercida com base nos direitos e garantias fundamentais.

III. Dignidade da pessoa humana: tem uma grande pluralidade de significados, depende do contexto, da situação de aplicação. Independentemente da definição, a dignidade da pessoa humana é considerada um núcleo axiológico da Constituição, ou seja, é uma norma-síntese, uma norma-matriz dotada de eficácia irradiante por todo o sistema Constitucional. Pode-se falar em quatro parâmetros para o balanceamento da importância de cada argumento em cada situação. Esses quatro parâmetros, ou dimensões da dignidade são: não instrumentalização (a dignidade implica que o ser humano não pode ser tratado como meio, tanto para outro indivíduo quanto para a sociedade, é fim em si mesmo), autonomia existencial (compreensão de que cada indivíduo é dotado de liberdade para fazer suas escolhas, desde que essas escolhas não interfiram em terceiros e desde que não sejam ilícitas), direito ao mínimo existencial (compreensão de que devemos ter direito a condições materiais básicas de vida) e direito ao reconhecimento (concepção de que a injustiça pode se dar não só no campo da distribuição, mas também no campo do reconhecimento. O indivíduo deve ser reconhecido pelo outro como tal. Ex.: decisão do STF sobre união homoafetiva).

IV. Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa. É característico da modernidade que o homem se reconheça pela sua atividade laboral. Relaciona-se com os art. 6º e 7º, que desenvolvem esses valores do

² Importante para a prova!

art. 1º. Livre iniciativa: um dos princípios da ordem econômica capitalista (art. 170). Conjugação de uma perspectiva social e socializante com uma perspectiva liberal e liberalizante.

V. Pluralismo político: escolha das mais variadas aspirações políticas e participação na atividade política e partidária. Faz parte da autonomia existencial, desde que não venha a ferir direitos fundamentais de outrem ou realizar práticas ilícitas.

3.3. Objetivos da RFB (art. 3º)

Um objetivo é algo a perseguir, a alcançar. É sempre um "caminhar para", "se projetar para", e não apenas atingir. Portanto, a análise do art. 3º é eminentemente procedimental. Ao serem plenamente realizados, deixam de ser objetivos e surgem outros novos.

I. Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

II. Garantir o desenvolvimento nacional. A criação do PAC, por exemplo, é a aplicação do art. 3º, inciso II.

III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A EC 31/00 criou o fundo de combate à erradicação da pobreza (art. 79 do ADCT). A EC 67/2012 também trabalhou em função desse objetivo, prorrogando, por tempo indeterminado, o fundo de combate à erradicação da pobreza.

IV. Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A dignidade da pessoa humana é efetivada no art. 3º, inciso IV.

3.4. Princípio Fundamental da Separação dos Poderes (art. 2º)

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

a) Especialização Funcional

Cada um dos poderes exerce funções típicas (primárias, tradicionais, que existem desde o advento da separação dos poderes) e atípicas (não tradicionais; em tese, de outros poderes, porém, são realizadas por determinação constitucional).

| Órgão | Função Típica | Função Atípica |
|-------------|--|--|
| Legislativo | Legislar e fiscalizar. Ex.: art. 49, IV (aprovar intervenções federais), X (fiscalizar os atos do Executivo); art. 58, § 3º (CPI). | Executiva: definir sua organização, prover cargos, gerenciar servidores (férias, licenças, etc.). Judicial: julgamento pelo Senado nos crimes de responsabilidade, nos termos do art. 52, I e II. |
| Executivo | Chefia de Estado, de Governo e da administração pública. | Legislativa: editar medidas provisórias com força de lei (art. 62), leis delegadas (art. 68). Judicial: exercício do contencioso administrativo. |
| Judiciário | Julgar. | Legislativa: elaborar regimento interno para cada tribunal (art. 96, I, a). Executiva: administração interna (art. 96, I, b, c, d, e). |

b) Não Ingerência Indevida

A Constituição determina a não ingerência indevida.

Ex.: Medida provisória 375: determinava a impossibilidade de o poder judiciário estabelecer medidas liminares em ações cautelares, medidas públicas e mandados de segurança contra o poder público. Isso representa uma usurpação do poder, dado que um poder (no caso, o executivo) não pode determinar as funções de outro (no caso, o judiciário). Essa medida levou ao questionamento do STF por ter caráter inconstitucional (fere o princípio da separação dos poderes).

c) Controle Recíproco

A Constituição também determina controles recíprocos dos poderes. Ou seja, além de suas funções típicas e atípicas, os poderes devem atuar no sentido de impedir os outros poderes de abusar de suas competências, garantindo, dessa forma, a harmonia entre os poderes.

Controle do poder Legislativo sobre:

- Executivo: CPIs (art. 58, §3º), rejeição do veto (art. 66) e crimes de responsabilidade.
- Judiciário: CPIs e aprovação de ministros do STF e do STJ (art. 101 e 104).

Controle do poder Executivo sobre:

- Legislativo: poder de veto do Presidente (art. 66).
- Judiciário: definição de ministros (art. 101 e 104).

Controle do poder Judiciário sobre:

- Executivo: compete ao STF julgar o Presidente da República, deputados e senadores em crimes comuns (art. 102, I, b).
- Legislativo: julga ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, a).

3.5. Relações Internacionais (art. 4º)

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

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

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

A aplicação dos princípios constitucionais nas relações internacionais é cotidianamente adotada. Em 2003, quando os EUA planejavam invadir o Irã, o Brasil apresentou-se contra, fundamentado nos incisos III a VII da CF. No mandato de Lula, questionou-se sua relação com o presidente do Irã, dado que é um país que não prioriza os direitos humanos no caso das mulheres.

3.5.1. Asilo Político

É o acolhimento de um político estrangeiro em função de perseguições sofridas em seu Estado ou em um terceiro Estado no que diz respeito a questões ideológicas de liberdade de expressão e manifestação ou de dissidência política. Considerações:

- a) O asilo político deve ser concedido para crimes políticos que não são crimes do Direito Penal comum (como estupro, roubo, tráfico de drogas).
- b) O asilo político é concedido pelo Presidente da República (é um ato de soberania do presidente), o qual o presidente tem a discricionariedade para conceder ou não. Em 1999 o Brasil concedeu asilo político ao Presidente do Paraguai.
- c) Só pode ser concedido dentro do território nacional do Brasil.
- d) Uma vez concedido o asilo, o asilado deve se dirigir ao departamento da polícia federal e providenciar sua identificação.
- e) O prazo de permanência e a possibilidade de prorrogação desse prazo serão definidos pelo Ministério da Justiça.
- f) Se o asilado se ausentar do país sem a autorização do Ministério da Justiça, isso importará em renúncia tácita. Ou seja, caso ele volte, o Brasil não oferecerá mais garantias.
- g) A concessão de asilo não impede uma posterior extradição no caso de crimes comuns. Só há impedimento de extradição se o crime for político (art. 5º).

3.5.2. Extradicação

a) **Conceito.** É a entrega de um indivíduo por parte de um Estado a outro Estado nacional que é competente para julgá-lo e puni-lo em virtude de crime praticado nesse Estado.

b) Espécies de extradição

1. Ativa: é aquela que o Brasil requer a outro Estado Nacional. O indivíduo pratica o crime no Brasil, vai para outro Estado estrangeiro, o Brasil descobre e requer a extradição para julgá-lo e puni-lo. Segue as regras do Estado estrangeiro.
2. Passiva: aquela que outro Estado Nacional requer ao Brasil. O indivíduo pratica um crime em outro Estado, vem ao Brasil e esse Estado requer a extradição ao país. Segue as regras do Brasil. O brasileiro nato nunca será extraditado. Ele pode até ser entregue à Justiça Internacional, mas nunca é extraditado. O brasileiro naturalizado PODE ser extraditado caso tenha praticado o crime antes da naturalização, ou caso tenha praticado crime de tráfico de drogas (antes ou depois da naturalização).

O português pode ser extraditado apenas para Portugal. Os outros estrangeiros podem ser extraditados exceto se o crime praticado for político³.

c) Procedimento

1. Fase administrativa: enviada por via democrática
2. Fase judicial: Controle de legalidade extrínseco. O STF pode julgar o pedido como improcedente (procedimento finalizado, não há mais possibilidade de extradição) ou procedente (passa para a terceira fase).
3. Decisão do STF (no caso de pedido procedente) é encaminhada ao Presidente da República. Nesse caso, há duas correntes sobre a participação do Presidente:
 - o Presidente está vinculado às decisões do STF, portanto, deve decretar a extradição (sustentada por Gilmar Mendes e Sérgio Peluso). Opinião fundamentada no art. 84 da lei 1815. Crítica: a fase judicial pode ser enxergada como desnecessária.
 - o Presidente não está vinculado à decisão do STF, estaria vinculado apenas ao tratado entre o Brasil e a outra parte. Portanto, o Presidente poderia ou não decretar a extradição. É a corrente majoritária.

d) Requisitos

1. Existência de um tratado ou promessa de reciprocidade entre o Brasil e o Estado requerente. Ex.: Ronald Biggs (criminoso inglês que veio para o Brasil após participar de um assalto a um trem na Inglaterra) não voltou para a Inglaterra porque não existia tratado de extradição entre Brasil e Inglaterra. O tratado, porém, é dotado de efeito retroativo e pode ser assinado posteriormente ao crime.
2. Competência da justiça do país requerente para julgá-lo e puni-lo. O Brasil admite conceder extradição caso o indivíduo seja processado no Brasil, desde que o processo penal seja encerrado aqui.
3. Existência de tipo penal condenatório ou mandado de prisão.
4. Dupla tipicidade. A conduta deve ser considerada crime nos dois países envolvidos. Ex.: O STF julgou o caso de um alemão que cometeu diversos crimes e veio para o Brasil. Após descobrir que ele estava no Brasil, a Alemanha pediu a extradição, mas não foi concedida porque quando os crimes foram cometidos, o réu tinha apenas 17 anos, e, de acordo com a legislação do Brasil, é considerado inimputável.
5. Inexistência de prescrição da pretensão comitiva, no Estado Requerente ou no Brasil. Mesmo que seja crime nos dois países, se o crime estiver prescrito (mesmo que em apenas um deles), não há extradição. A grande questão é o que interessa no momento da prática.

³ Crime político não extradita ninguém.

6. O crime no Brasil não pode ter pena abstrata igual ou inferior a um ano. Mesmo que não esteja prescrito, o Brasil não extradita.
7. O crime não pode ter cunho político.
8. Não ser o extraditando julgado por juiz ou tribunal de exceção (constituído posteriormente à prática do delito, como o Tribunal de Nuremberg).
9. Cumprimento das promessas (sob pena de rompimento do tratado). São elas:
 - Efetuar a detração penal. Descontar da pena o tempo que o indivíduo ficou preso no Brasil. Dado que ele fica preso durante o processo (prisão preventiva para fins de extradição).
 - Efetuar comutação de penas. Ou seja, comutar a pena para que seja equivalente à pena no Brasil. Ex.: caso nos Estados Unidos a pena de determinado crime seja pena de morte, eles devem comutar a pena para a pena máxima no Brasil (30 anos).
 - Não ter a pena agravada por crime político.
 - Não efetuar a re-extradição, salvo se o Brasil autorizar.

e) Na extradição vigora o princípio da especialidade. Isso significa que o extraditando só pode ser processado pelos delitos objetos do pedido de extradição. O Estado estrangeiro pode fazer um pedido de extensão para que o Brasil autorize que ele seja processado por outros crimes.

f) Súmula 421 do STF: *Não impede a extradição, a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.*

3.5.3. Expulsão

É a retirada forçada de um estrangeiro do território nacional em virtude da prática de atividade nociva ao interesse nacional (atividades que atentam contra a ordem pública, a segurança pública, a economia pública, e a fé pública). O procedimento também é diverso; o da expulsão é exclusivamente administrativo e tramita no Ministério da Justiça. Depois de instruído o processo, a decisão final será do Presidente, que terá a discricionariedade para decretar ou não a expulsão; contudo, a discricionariedade do presidente é mitigada (relativizada/condicional). O Presidente para decretar a expulsão deve fundamentá-la de forma adequada e dotá-la de amparo legal. O decreto indevido de expulsão está sujeito à ação de *habeas corpus*. A expulsão é vedada no caso de mulher grávida, indivíduos que estiverem casados há mais de cinco anos com brasileiro (que não estejam separados de fato ou de direito) e indivíduos que tiverem filhos brasileiros que estejam sob sua guarda ou dependam do mesmo economicamente. Não haverá expulsão nos casos nos quais é proibida a extradição.

3.5.4. Deportação

É a retirada forçada de estrangeiro do território nacional quando o sujeito se encontra de forma irregular, inadequada no país. Ou seja, quando o indivíduo entrou ou permanece no país de forma irregular. É um procedimento administrativo via Ministério da Justiça. Não se expulsa nem deporta brasileiro, e isso configura a pena de banimento em nosso ordenamento.

Direitos e Garantias Fundamentais

1. Definição

Os direitos fundamentais surgiram à medida que o constitucionalismo avançou, dado que isso levou à afirmação da superioridade da Constituição que possibilitou a maior proteção possível desses direitos. Mesmo que o conceito de direitos fundamentais seja insuficiente e inalcançável, é possível dizer que são os direitos humanos positivados, constitucionalizados em um ordenamento jurídico.

É comum encontrar obras que equivocadamente tratem os direitos fundamentais como sinônimos dos direitos humanos. Os **direitos fundamentais** são direitos do homem pertencentes a um plano interno, que foram positivados por um ordenamento específico. Os **direitos humanos**, por sua vez, são direitos do homem positivados no plano internacional, externo, em tratados ou em convenções internacionais. São tão positivos quanto os direitos fundamentais. Para Canotilho, os direitos humanos podem ser entendidos como direitos do homem enquanto tal, ao passo que os direitos fundamentais podem ser interpretados como direitos do cidadão. É um equívoco trata-los como direitos estanques, ou seja, que não se comunicam um com o outro. Os direitos humanos e os direitos fundamentais dialogam e se inter-relacionam no decorrer do tempo. Vários direitos fundamentais são frutos dos direitos humanos, e vice versa.

2. Classificação

2.1. Constitucional/Literal/Gramatical

- a) **Direitos individuais e coletivos (art. 5º)**
- b) **Direitos sociais (art. 6º a 11)**
- c) **Direitos de nacionalidade (art. 12)**
- d) **Direitos políticos (art. 14 a 16)**
- e) **Direitos de organização em partidos políticos (art. 17)**

Essa classificação é baseada na organização dos direitos fundamentais na Constituição. A crítica central dessa classificação não levou a sério o sistema de direitos fundamentais que foi estabelecido na própria Constituição, pois existem outros direitos fundamentais em seu decorrer que vão além de tudo isso. Ex.: art. 196, 205, 225, 215, 226. O próprio STF desenvolve essa crítica quando reconhece como direito fundamental na ADI 939 o princípio da anterioridade tributária (150, III, b). Outra crítica é proposta por Cattoni em relação a essa classificação. Segundo o professor, deve-se fazer uma leitura constitucionalmente adequada e consciente da abertura da linguagem, de modo que os direitos não sejam classificados “no vácuo”, mas sim em um contexto concreto de aplicação que permita a argumentação dos participantes, e, dessa forma, a discussão das proporções e significados do direito em debate.

2.2. Geracional

Trabalha os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva histórica. É defendida por Paulo Bonavides.

a) Século XVIII: Direitos individuais (civis e políticos). Direitos de igualdade, liberdade e propriedade. Também são chamados direitos de liberdade. São direitos de resistência ou oposição perante o Estado.

b) Século XX: Direitos sociais (culturais e econômicos). Envolvem prestações sociais, e não uma questão coletiva. Desenvolve-se no contexto do Estado Social, como resposta aos movimentos e ideias antiliberais. Sua eficácia foi concretizada apenas na segunda fase. Ex.: direito à saúde, educação, trabalhistas, previdenciários. Com o seu desenvolvimento, os direitos fundamentais não eram mais apenas o direito de defesa perante o Estado, mas também **garantias institucionais**.

c) Século XX: Direitos coletivos e difusos. Direitos à paz, ao desenvolvimento. Contexto: resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.

d) Século XX e XXI: Direitos de globalização política frente à globalização econômica que ocorreu antes. Ex.: Direito à democracia, pluralismo e informações.

e) Século XXI: Direito à paz (Paulo Bonavides) ou identidade e patrimônio genéticos.

| | 1ª Geração | 2ª Geração | | 3ª Geração | 4ª Geração | 5ª Geração |
|-----------------------------|---|--|---|--|---------------------------------------|---------------------|
| | | 1ª Fase | 2ª Fase | | | |
| Marco Inicial | 1788: Constituição norte-americana. | 1917: Constituição Mexicana 1919: Weimar. | Década de 1930: Welfare State e New Deal. | 1948: Declaração Universal dos Direitos Humanos. | Séc. XX e XXI: Globalização | Séc. XXI |
| Direitos Positivados | Liberdade individual e propriedade privada. | Trabalhistas. | Econômicos, culturais e sociais (educação e saúde). | Paz e desenvolvimento. | Globalização política | Identidade |
| Estado | Abstencionista | Intervencionista | Int. e Assistencialista | Int. e Assistencialista | Neoliberal | Neoliberal |
| Foco | Indivíduo | Coletivo | | Difuso | Difuso | Indivíduo |
| Princípio | Liberdade | Igualdade | | Fraternidade | Fraternidade | Liberdade |
| Exemplo | Liberdade de Imprensa | Escola Pública | | Cód. Florestal | Democracia, pluralismo e informações. | Patrimônio genético |

O STF já reconheceu essa classificação e a perspectiva constitucional dela, a partir do ministro Celso de Mello na década de 90. A primeira dá ênfase à liberdade, a segunda à igualdade, a terceira à fraternidade e a quarta à fraternidade e solidariedade. É uma classificação dinâmica, que não está presa a uma parte da Constituição.

Porém, existem críticas. A primeira delas afirma que a nova geração eliminaria a geração anterior. Essa crítica funciona apenas no senso comum. Aplicado juridicamente, o termo "geração" tem outro sentido. Os direitos fundamentais são aplicados num sentido de ampliação, extensão, e não de restrição. Não é uma crítica válida, pois o surgimento de uma nova geração não elimina a anterior, mas acrescenta novos direitos ao rol já existente. Ou seja, não temos um jogo de subtração, mas um jogo de adição. Devemos observar sempre um alargamento na taba dos direitos fundamentais. Porém, essa afirmação da adição trabalhada pela teoria das gerações ou dimensões não é suficiente. Pois, por uma análise paradigmática não temos apenas a adição, mas também a releitura, a reinterpretação dos direitos da dimensão anterior à luz da nova dimensão. Ex.: quando surgem os direitos sociais, a igualdade, por exemplo, ganha um novo sentido. É abandonada a igualdade formal, e passa-se a trabalhar com a igualdade material. O mesmo ocorre com os direitos econômicos em face dos direitos ambientais. A economia não pode se desenvolver desenfreadamente de forma não sustentável. Em geral, há um processo de redefinição do sentido. Além disso, resta clara a interdependência entre os direitos fundamentais. Só tem sentido se complementares.

2.3. Quanto à dimensão (Gilmar Mendes)

Visa trabalhar a finalidade, as funções dos direitos fundamentais. Existem duas grandes dimensões de direitos fundamentais:

a) Dimensão subjetiva. Mais tradicional. É aquela na qual, sujeitos e indivíduos são dotados da faculdade de impor ações ou omissões dos poderes públicos. Enxerga o indivíduo frente ao poder público.

b) Dimensão objetiva. Revolucionou os ordenamentos jurídicos na década de 50. É uma concepção típica do Constitucionalismo Social. Indica que os direitos fundamentais devem ser entendidos como a base do ordenamento jurídico. São, portanto, o norte, vetores, diretrizes para a interpretação de aplicação de qualquer norma do ordenamento. São correias de interligação de "eficácia irradiante". Qualquer interpretação deve ocorrer conforme os direitos fundamentais previstos na CF. A dimensão objetiva abre um novo campo para os direitos fundamentais: afirma que os direitos fundamentais podem e devem ser aplicadas em relações privadas.

2.4. Quanto às funções

a) Teoria dos quatro status de Jellinek. Analisa os direitos fundamentais a partir de status, posições dos direitos humanos frente ao Estado, frente aos poderes públicos. Foi escrita em 1903, portanto, ainda está no patamar de direitos subjetivos.

- **Status passivo:** indica um conjunto de deveres do indivíduo frente ao Estado. O indivíduo está subordinado aos poderes do Estado. É necessário cumprir determinadas funções perante o Estado.

- **Status negativo:** indica direitos do indivíduo a uma atuação negativa do Estado, ou seja, o indivíduo pode exigir do Estado uma abstenção. O Estado tem de ser omissor no que tange ao exercício da vida individual.

- **Status positivo:** indica um conjunto de direitos a prestações positivas do Estado. Ou seja, há uma atuação do poder público para reduzir desigualdades.

- **Status ativo:** indica a participação da vida pública e política do Estado como cidadão.

Há uma evolução das posições do indivíduo frente ao Estado. Gradualmente, passa de deveres à participação na decisão dos rumos do Estado.

Embora sujeita a críticas⁴, foi precursora nesse aspecto, e vem sofrendo adaptações ao decorrer do tempo.

b) Teoria contemporânea.

A Teoria contemporânea não difere da teoria de Jellinek no conteúdo, apenas na aplicação na Constituição.

- **Direitos de defesa:** São direitos de defesa do indivíduo a uma atuação negativa do Estado. Ou seja, exigir a omissão do Estado em questões autônomas da vida privada. Ex.: Art. 5º, II, IV, VI; direito de liberdade religiosa, liberdade pessoal, liberdade de pensamento, direito de propriedade e o direito à vida.

- **Direitos de prestações:** exigir uma atuação positiva do Estado, visando reduzir desigualdades. Existem dois tipos de prestações: as prestações jurídicas (uma atuação do poder público para proteger bens jurídicos. Ex.: art. 5º, XLI, XLIII, XXXV) e as prestações materiais (são atuações para reduzir desigualdades fático-sociais. Ex.: art. 6º, 205, 215)⁵. Obs.: porém, o STF vem entendendo que excepcionalmente, o poder judiciário pode interferir em política pública, visando a concretização de direitos fundamentais sociais mínimos com base no mínimo existencial à luz da dignidade da pessoa humana. RE 410.715.

- **Direitos de participação:** são direitos do indivíduo de participar da vida política do Estado e da sociedade. Ex.: art. 14 (votar e ser votado).

3. Características

3.1. Exemplificativos e abertos

O rol de direitos fundamentais é exemplificativo, aberto, ou seja, não é taxativo. É um rol meramente exemplificativo. Sempre há a possibilidade de surgimento de novos direitos fundamentais. O constituinte pensou que uma gama de direitos novos pode ser necessária como aparecimento de uma série de novas situações econômicas e sociais. *Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

3.2. Relativos e limitados

Para a corrente majoritária (alemã), os direitos fundamentais são relativos, limitados. Os limites de um direito ou garantia fundamental seriam os demais direitos ou garantias, por uma perspectiva sistemática. Portanto, não é possível utilizar determinado direito fundamental como justificativa para a prática de atividades ilícitas ou que irão ferir outros direitos ou garantias tão fundamentais quanto ele. Ex.: Direito à

⁴ A crítica central à teoria dos quatro status de Jellinek é baseada no fato de que ela é excessivamente centrada na perspectiva estatal de abordagem do ordenamento jurídico.

⁵ Porém, não é possível atender todas as desigualdades sociais em virtude da limitação da reserva do possível, ou seja, de limitações orçamentárias. Isso impede a efetivação de todas as políticas públicas necessárias.

liberdade de expressão e manifestação de pensamento; ainda que se tenha esse direito, não se pode valer-se dele para se disseminar o antissemitismo, dado que fere outros direitos fundamentais.

3.3. Não há hierarquia entre os DGF

Eventuais tensões devem ser decididas a partir de situações concretas. Diversas técnicas podem ser usadas para a solução de conflitos. Alguns falam em ponderação, proporcionalidade, coerência normativa, aplicabilidade.

3.4. Destinatários dos DGF

De acordo com o caput do art. 5º, os destinatários dos DGF são brasileiros (natos e naturalizados) e estrangeiros residentes no país (*art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*). Dessa forma, os estrangeiros não residentes no país não teriam DGF, porém, o STF entendeu, por uma interpretação extensiva, que os estrangeiros não residentes também teriam direitos e garantias fundamentais. Foi concedido ao turista o direito de habeas corpus e a única exigência foi que a peça fosse feita em português. Os estrangeiros não residentes, porém, não possuem todos os DGF, bem como os estrangeiros residentes (ex.: não possuem direito ao voto) e os brasileiros naturalizados (ex.: não podem se candidatar a presidência da república). A pessoa jurídica também é destinatária dos DGF, desde que sejam compatíveis com sua natureza. Na doutrina, alguns defendem que os poderes públicos também teriam direitos fundamentais.

3.5. Diferença entre Direitos e Garantias

A diferenciação tradicional, que remonta a Rui Barbosa (séc. XIX), diz que os direitos são disposições declaratórias, ou seja, são normas explicitadas no texto constitucional; já as garantias são disposições assecuratórias, isto é, visam assegurar a fruição, o exercício dos direitos. São instrumentos para a realização dos direitos. Ex.: Direito à liberdade de locomoção; quando este é usurpado, é possível fazer uso da garantia *habeas corpus*. Atualmente, em virtude da complexidade tanto social quanto jurídica, não há como diferenciar de forma estática os direitos das garantias; ou seja, direitos são garantias e garantias são direitos, depende da situação de aplicação. Na teoria, pode se diferenciar, mas na prática, ora um direito pode ser aplicado como garantia e vice versa.

OI LIMD S2

3.6. Vinculatividade

Todos os poderes públicos e a própria sociedade, nas relações privadas, são vinculados pelos DGF. Em suas ações legislativas, o poder legislativo deve respeitá-los. Segundo o princípio da proibição do retrocesso, a atuação legislativa não pode abolir ou suprimir direitos fundamentais sociais que já alcançaram um grau de densidade normativa adequado no ordenamento, salvo se forem produzidas prestações alternativas. Ex.: flexibilização da legislação trabalhista poderia levar ao retrocesso e/ou suprimir direitos trabalhistas. O poder executivo deve também realizar uma administração em consonância com os direitos fundamentais.

Por fim, o poder judiciário deve sempre aplicar as normas jurídicas buscando a máxima efetividade do sistema de direitos fundamentais constitucionais.

3.7. Direitos limitados (restringidos) por normas infraconstitucionais

Os direitos fundamentais podem ser limitados por normas infraconstitucionais?

a) Primeira corrente: não. Não existem limitações externas a um direito fundamental, dado que apenas normas constitucionais podem limitar normas constitucionais. Teoria interna: ou temos direito ou não temos. Como defensor dessa corrente, temos José Afonso da Silva. Ex.: a Constituição fala em igualdade entre homens e mulheres e depois concede à mulher licença maternidade maior; isso é adequado, pois é a Constituição sendo restringida por ela mesma. Ex.: a Constituição fala em igualdade entre homens e mulheres e depois concede à mulher licença maternidade maior; isso é adequado, pois é a Constituição sendo restringida por ela mesma.

b) Segunda corrente: sim, normas infraconstitucionais podem limitar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Teoria externa. Fundamento: isso acontece desde que a limitação venha para desenvolver o Direito (ou outros direitos), pois a limitação não pode ser tal que ao invés de desenvolver, prejudique o Direito (ou outros direitos). Essa teoria é falha na medida em que nenhuma norma infraconstitucional surgiria para prejudicar o Direito. Há, então, um parâmetro para solucionar esse problema – o parâmetro da proporcionalidade. É regido por dois princípios: da proibição do excesso e da proibição da proteção insuficiente. Ou seja, a atuação não deve ser excessiva ou insuficiente. Mesmo com esse parâmetro o problema persiste, dado que o legislador não consideraria a norma como desproporcional. Nesse caso, a aferição para saber se é excessivo ou não é feita pelo poder judiciário, por meio da instituição de limites aos limites dos direitos fundamentais. Com isso, a aferição se dá por meio da teoria dos limites dos limites (desenvolvida na Alemanha). Essa teoria é composta de quatro grandes requisitos:

- Qualquer limitação deve respeitar o **núcleo essencial** dos direitos fundamentais à luz da dignidade da pessoa humana.
- As limitações devem ser dotadas de **clareza e precisão**, pois são vedadas restrições implícitas. Esse limite é fundamentado no princípio da segurança jurídica.
- As limitações em regra devem ser dotadas de **generalidade e abstração**, pois são vedadas limitações casuísticas que geram discriminações absurdas ou arbitrárias. Esse limite é fundamentado no princípio da isonomia, da igualdade.
- As limitações devem respeitar o próprio **princípio da proporcionalidade** e seus subprincípios: adequação, necessidade (não existência de outro meio menos gravoso para atingir o fim – *ultima ratio*) e proporcionalidade em sentido estrito (custo/benefício, bônus/ônus – o ônus deve ser menor que o bônus).

Ex.: ADI 855. Foi instituída uma lei no Paraná que impunha que botijões de gás deviam ser vendidos em loco, com uma balança de pesagem para defender o direito do consumidor. Essa lei foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade sob o argumento de ser desproporcional. É uma lei *adequada*, dado que atinge o

objetivo de proteger o consumidor. Como é a *ultima ratio*, é provada também a *necessidade*. O STF entendeu que o *bônus* (proteção ao consumidor) era menor que o *ônus* (inviabilização da distribuição de gás no estado) e declarou a lei como inconstitucional (porque fere o princípio da proporcionalidade em virtude do excesso).

3.8. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

É o reconhecimento dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas privadas. Há uma crítica ao termo "eficácia horizontal" diferenciando-a da "eficácia vertical" (que se refere a relações entre o poder público e uma parte particular): nem toda relação privada é horizontal. Sugere-se que o termo usado seja "direitos fundamentais nas relações privadas." Outra sugestão é a utilização do termo "eficácia diagonal." Essa teoria surge na década de 50 do século XX na Alemanha, onde passa a ser reconhecida na doutrina e na jurisprudência. Duas correntes surgem sobre esse tema, e divergem em relação ao tipo da eficácia: indireta ou mediata e direta ou imediata. A primeira delas – corrente majoritária na Alemanha - afirma que os DF devem ser aplicados nas relações privadas a partir das normas infraconstitucionais, à luz da Constituição. Portanto, essa aplicação seria mediada pela atuação do legislador infraconstitucional. A segunda teoria – corrente majoritária em Portugal, na Espanha e no Brasil - defende a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem a atuação do legislador e de normas infraconstitucionais. Defende, portanto, a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais contidos nela. Não há no STF uma decisão rigorosa sobre a corrente a ser adotada, porém, ele vem aplicando direitos fundamentais nas relações privadas (RE 158.215/96, RE 161.243/96 e RE 201.819/2001).

3.9. Aplicabilidade

O art. 5º, §1º da CF fala sobre a aplicação direta dos direitos fundamentais. Sobre esse tema, existem três correntes. A primeira delas diz que só tem aplicação imediata as normas que são completas na sua hipótese e no seu conteúdo. É defendida por Manuel Gonçalves. A segunda defende que as normas constitucionais tem aplicação imediata independentemente da hipótese e conteúdo das mesmas. Nesse sentido, mesmo as normas de conteúdo programático aplicam-se. É a corrente defendida por Bernardo. Segundo a terceira corrente, o art. 5º, § 1º deve ser interpretado como mandado de otimização que deve gerar uma presunção de aplicação imediata dos direitos fundamentais. Ou seja, devem impor aos poderes públicos a obrigação de sempre buscar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (embora existam situações em que não há como dispensar a atuação do legislador, sobretudo em direitos sociais). É uma corrente intermediária.

3.10. Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais não prescrevem com o tempo. Muito pelo contrário, os direitos fundamentais sempre passam por um processo de agregação e aplicação contra reduções e amesquinhamentos.

3.11. Irrenunciabilidade e Indisponibilidade

São características clássicas que derivam da dignidade da pessoa humana. Porém, atualmente, em virtude da relativização dos direitos fundamentais, nem todos os direitos são irrenunciáveis e indisponíveis, dado que

admitem restrições, tendo como fundamento a própria ordem constitucional (em nome de uma finalidade acolhida por normas constitucionais). Ex.: a liberdade de expressão pode ser colocada em disponibilidade em virtude de cláusulas de confidencialidade.

3.12. Universalidade

Os direitos fundamentais pretendem atingir a toda a coletividade de forma equivalente. Porém, nem todos os direitos fundamentais são dotados de universalidade. Ex.: direitos trabalhistas (só atingem as pessoas que exercem atividade laboral). Nesses casos, os direitos fundamentais são universais a todos que se inserem em seu contexto de aplicação.

3.13. Interdependência e complementariedade

Os direitos fundamentais não podem ser concebidos como elementos isolados, pois devem ser observados de forma sistemática, de forma a serem dotados de interconexão e complementariedade (sistema de direitos fundamentais). Ou seja, todos os direitos estão relacionados uns aos outros. Qualquer análise de direitos fundamentais só tem sentido se for feita levando em conta todos os direitos.

3.14. Historicidade

Os direitos fundamentais são **sempre** fruto de um processo histórico de afirmação e de consolidação. A ideia de alargamento dos direitos fundamentais surge a partir dessa característica.

3.15. TIDH e Recepção dos mesmos para o ordenamento jurídico

Nos termos da EC 45/2004 e do RE 466.434/2008, o Tratado Internacional de Direitos Humanos (TIDH) que passar pelo procedimento do art. 5º, §3º terá uma forma de recepção que se diferenciará da forma de recepção do TIDH que não passar por esse procedimento e da forma de recepção de tratados internacionais que não são de direitos humanos. Os TIDH que passam por esse procedimento são tidos como norma constitucional. Os TIDH que não passarem pelo art. 5º, § 3º são normas supralegais. NOTA: até 2008, os TIDH que (abaixo das normas constitucionais, mas acima das leis ordinárias).

3.16. Sujeição ao TP Internacional

Adesão do Estado Brasileiro à jurisdição penal internacional. 1998: Estatuto de Roma (pesquisar). É um tribunal penal internacional para julgar crimes contra a humanidade. Para que tivesse validade, devia ter a ratificação de pelo menos 60 países, o que foi alcançado em julho de 2002, quando passou a vigorar. Em 2002, o Brasil, por meio do decreto 4338/2002, recepcionou esse tratado, e o mesmo passou a ter validade em nosso ordenamento. A EC 45/2004 constitucionalizou essa decisão.

Obs.: podemos nos termos do TPI ter a entrega de nacionais de um país à jurisdição internacional (instituto da entrega). A entrega, ao contrário da extradição, pode ser de brasileiro nato ou naturalizado. Na extradição, julga-se o extraditado pela jurisdição estrangeira, enquanto na entrega, o entregado é julgado pela jurisdição internacional. A pena, no caso da entrega, depende do que será determinado no júri.

Direitos Fundamentais em espécie

1. Direitos de Nacionalidade

1.1. Conceito

Vínculo jurídico político que liga o indivíduo a um determinado Estado, tornando-o sujeito de direitos e deveres dentro do Estado Nacional. O conceito de nacionalidade equivale ao conceito de povo (diferente do conceito de população).

Obs.: Na Teoria Geral do Estado:

a) Povo: conjunto de nacionais de determinado Estado, sujeitos de direitos e deveres nesse Estado. Ao revés, população é o conjunto de habitantes de um Estado, sejam nacionais ou estrangeiros (é um conceito geográfico-econômico).

b) Nação: conceito de viés sociológico. Conjunto de indivíduos ligados por laços étnicos, raciais, linguísticos, religiosos, culturais, etc. Envolve a consciência coletiva comum, um pano de fundo conjugado e independente de um Estado Nacional definido territorialmente.

c) Cidadão: nacional dotado de capacidade eleitoral ativa.

1.2. Natureza Jurídica

Os direitos de nacionalidade têm natureza de direito público e são considerados como normas materialmente constitucionais. Estando ou não dentro da Constituição formal, os direitos de nacionalidade são matéria constitucional por excelência. Caso estejam incluídos na Constituição, serão dotados de supralegalidade.

1.3. Espécies e critérios de aquisição

a) Nacionalidade primária (originária: fato natural)

- **Sanguíneo** (*ius sanguinis*): É nacional do país aquele que descende de nacionais desse país. É uma questão sanguínea.

- **Territorial** (*ius solis*): é nacional do país aquele que nasceu no país, independentemente de seus ascendentes.

A escolha do critério depende do país. É uma escolha estratégica. A Itália, por exemplo, sempre foi um país com muita emigração. Portanto, definiu como critério o critério sanguíneo. O Brasil sempre foi um país que recebeu muitos imigrantes, portanto, escolheu o critério territorial. É possível, portanto, que existam pessoas polipátridas e apátridas (*heimatlos*)⁶. Países que adotam o critério territorial, normalmente adotam também outros critérios para que não haja apátridas. O Brasil, por exemplo, usa como regra o critério territorial, mas se vale do critério sanguíneo, combinado com outros, para preencher possíveis lacunas no que tange à nacionalidade primária.

⁶ A existência de apátridas é um problema de direitos humanos.

b) Nacionalidade secundária (derivada: fato volitivo, ato de vontade)

Nesses casos, o indivíduo deve manifestar a vontade de se naturalizar. Dá-se por disposição normativa de cada país. Cada país adota requisitos para que se adquira a nacionalidade, ou seja, para que uma pessoa possa se naturalizar nesse país.

1.4. Análise do Brasil

1.4.1. Aquisição de nacionalidade

a) Nacionalidade primária (brasileiros natos): hipóteses previstas no art. 12; I; a, b, c da Constituição. É um rol taxativo, fechado. Não há nenhum tipo de norma infraconstitucional sobre o tema. Qualquer modificação só pode ser feita por emenda constitucional.

- **Critério territorial:** Todos os nascidos no país são considerados brasileiros natos, exceto aqueles cujos ambos os pais sejam estrangeiros e, pelo menos um deles estiver a serviço público de seu país de origem.

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

- **Critério sanguíneo + critério funcional**⁷: Os filhos de pai ou mãe brasileira a serviço da RFB são brasileiros natos. Esse serviço não precisa ser necessariamente a serviço da União, mas tem que fazer parte da administração pública – direta ou indireta – podendo o ascendente estar a serviço do estado, município, empresa pública, etc. Ex: filho de diplomata.

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

- **Critério sanguíneo + residencial + opção confirmativa ou critério sanguíneo + registro em órgão competente:** são brasileiros natos os indivíduos nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira, desde que venham a viver no Brasil e realizem a opção confirmativa; ou indivíduos nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira que realizem registro em órgão competente.

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

Obs.: Em 94 foi feita uma emenda de revisão que revogava a possibilidade de registro em repartição brasileira competente. As opções eram: vir para o Brasil, antes ou depois da maioridade, e depois de maior realizar a opção confirmativa. Em 2007 a EC 54 reintroduziu a hipótese do registro. Os nascidos entre 94 e 2007, puderam então se registrar em consulado ou embaixada.

⁷ Uma criança nascida em país estrangeiro, adotada por pais brasileiros a serviço da RFB, é considerada brasileira nata – não pela interpretação literal do art. 12, mas sim pela interpretação sistemática que considera o art. 227, § 6º da CF, no qual os filhos adotados terão os mesmos direitos dos filhos naturais advindos de relação.

Obs. 2: No caso da opção confirmativa, o fato gerador da nacionalidade é a residência no Brasil; a opção é meramente confirmativa. O efeito da opção é *ex tunc* (retroativo em relação à residência). Caso o indivíduo venha para o Brasil antes da maioridade, torna-se brasileiro nato com a residência, e exerce todos os direitos de brasileiro nato até a maioridade. Alcançada a maioridade, ele se torna um brasileiro nato em condição suspensiva⁸ até realizar a opção, que opera com efeito *ex tunc*. Caso o indivíduo venha para o Brasil depois da maioridade, tem condição de fazer a opção a qualquer momento. Quando ele passa a residir no Brasil, ele se torna brasileiro nato, porém, em condição suspensiva até realizar a opção.

b) Nacionalidade secundária

- Nacionalização tácita

Segundo o art. 64, § 4º da Constituição de 1890, serão brasileiros naturalizados aqueles que, estando no Brasil desde 15 de novembro de 1889, não manifestarem o desejo de continuar estrangeiros pelo prazo de seis meses contados da promulgação da Constituição (24/02/1891). Ou seja, teriam até agosto de 1891 para manifestar a vontade de continuar estrangeiros. Segundo o § 5º do mesmo artigo, os estrangeiros que possuíssem bens imóveis no Brasil e fossem casados com brasileiros ou tivessem filhos brasileiros, contanto que residissem no Brasil, também seriam considerados brasileiros naturalizados, salvo manifestação de intenção contrária. Não é uma vontade expressa, mas sim uma manifestação tácita. Não existe mais no ordenamento brasileiro.

- Nacionalização expressa

Hipótese existente no ordenamento atual. O indivíduo manifesta vontade de se tornar brasileiro dirigindo-se aos órgãos públicos. Pode ser ordinária ou extraordinária.

1. Ordinária. Tem duas hipóteses:

- **Estrangeiros na forma da lei.** É uma hipótese infraconstitucional (art. 12, II). Serão brasileiros naturalizados os estrangeiros na forma da Lei 6.815/80, art. 112. Requisitos: capacidade civil; registro (visto) permanente; ter residência para prazo mínimo de 4 anos⁹; saber ler e escrever; ter boa saúde; ter bom procedimento; ter capacidade profissional e econômica para se sustentar e sustentar a família; inexistência de prenúncia, denúncia ou condenação por crime doloso com pena mínima abstrata ou superior a um ano. O procedimento tramita no Ministério da Justiça, que analisa o preenchimento dos requisitos. Após a instrução, o processo (solicitação de naturalização), que é administrativo, é enviado ao Presidente da República, que irá decidir se decreta ou não a naturalização. Mesmo preenchidos os requisitos, o Presidente **não** é obrigado a decretar a naturalização; ele terá a discricionariedade para decretar a naturalização. Se o Presidente decreta a

⁸ Um brasileiro nato em condição suspensiva é nato, mas não pode exercer os direitos de tal categoria.

⁹ O prazo pode ser diminuído de acordo com o art. 113 da lei para um ano, caso o indivíduo tenha filho ou cônjuge no Brasil, seja filho de brasileiro, ou prestar serviços relevantes ao país. Pode ser diminuído para dois anos caso ele apresente capacidade técnica, artística ou científica. Pode ser diminuído para 3 anos caso tenha boa capacidade financeira.

naturalização, o procedimento será enviado à Justiça Federal para que seja emitido certificado de naturalização (que tem efeito *ex nunc*, ou seja, não retroage), nos termos do art. 109 da CF.

- **Estrangeiros de língua portuguesa.** Requisitos: capacidade civil; residência por um ano ininterrupto; idoneidade moral. O procedimento também é administrativo e tramita no Ministério da Justiça, e a decisão será também do Presidente da República. Mesmo preenchidos os Requisitos, o Presidente também **não** é obrigado a decretar a naturalização. É um ato de soberania do Presidente.

2. **Extraordinária.** É prevista na Constituição (art. 12, III). Também é chamada de naturalização potestativa (vem de poder). Requisitos: capacidade civil; residência no Brasil por mais de 15 anos ininterruptos; ausência de condenação penal. Preenchidos os requisitos, o Presidente é obrigado a decretar a naturalização.

- **Hipóteses de nacionalização recepcionadas.** Essas hipóteses existiam no ordenamento anterior. A Lei 6.815 faz menção a elas e o Ministério da Justiça entende que podem ser aceitas.

1. **Radicação precoce:** o indivíduo vem para o Brasil antes de completar cinco anos. Após a maioridade, tem dois anos para requerer a naturalização. Apenas o requerimento é suficiente para que a naturalização seja decretada.

2. **Conclusão de curso superior:** deve vir para o Brasil antes da maioridade e realizar curso superior no Brasil. Após a conclusão do curso, terá o prazo de um ano para requerer a naturalização brasileira.

Obs.: O Brasil não obriga ninguém a renunciar à sua nacionalidade originária para receber a brasileira. Esse aspecto depende do país do qual a pessoa vem.

Obs. 2: Português equiparado por reciprocidade (art. 12, § 1º).

Reza a CF que, o português terá os mesmos direitos do brasileiro no Brasil desde que o brasileiro tenha os mesmos direitos do português em Portugal. Ele continua sendo português, mas é equiparado ao brasileiro (em regra naturalizado, embora existam exceções). É chamada "hipótese de quase nacionalidade". O procedimento de equiparação se dá via Ministério da Justiça; não é um procedimento automático.

1.4.2. Perda de nacionalidade

As espécies de perda de nacionalidade estão previstas em um rol taxativo da Constituição (art. 12, § 4º), que não pode ser ampliado por legislação infraconstitucional, apenas por Emendas Constitucionais.

a) Ação de cancelamento de naturalização julgada procedente e transitada em julgado

Aspecto subjetivo: os sujeitos que podem perder a nacionalidade são apenas os brasileiros naturalizados.

Motivo: prática de atividade nociva ao interesse nacional, ou seja, contrária à ordem ou à segurança pública.

Procedimento: judicial. O Ministério Público Federal oferece uma denúncia de prática nociva ao interesse nacional. Não existe a tipificação dessas práticas, o exercício é hermenêutico. O juiz federal recebe a denúncia, inicia a ação, e no final, com a decisão procedente em transitado em julgado (que não cabe mais recurso) concorre a perda da nacionalidade. Ele não tem direito de reaver mais a nacionalidade. A única forma de reaver a nacionalidade é por meio de ação rescisória, nos termos do art. 485 do CPC (judicialmente; cabe quando não há mais recurso). Pode ser encaminhada em um prazo de até 2 anos após o trânsito em julgado.

Efeito: *ex nunc*. Perde a nacionalidade do trânsito em julgado para frente. É uma perda personalíssima, ou seja, não atinge eventual cônjuge ou filhos.

b) Aquisição voluntária de outra nacionalidade

Aspecto subjetivo: tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado podem perder a nacionalidade nesse caso.

Motivo: ato de vontade concretizado de adquirir outra nacionalidade. É considerado como falta de capacidade civil do indivíduo.

Procedimento: administrativo. Tramita no Ministério da Justiça. Instruído o processo, a perda é decretada pelo Presidente. Pode reaver a naturalização administrativamente. Uma corrente diz que pode reaver como brasileiro nato (José Afonso da Silva). Uma segunda corrente entende que o ex-brasileiro nato só pode reaver a naturalização como brasileiro naturalizado. É a corrente majoritária.

Efeito: *ex nunc*. A perda de nacionalidade também é personalíssima nesse caso.

Exceções: art. 12, § 4º, II:

- Reconhecimento originário de outra nacionalidade (ex.: brasileiro descendente de italiano ou de qualquer outro país que adota o critério sanguíneo);
- Imposição do Estado estrangeiro como condição de permanência ou exercício de direitos. Nesses casos, há a descaracterização da vontade pura de se adquirir outra nacionalidade (ex.: jogador de futebol, brasileira casada com americano que, para exercer o cargo de promotora nos EUA, foi obrigada a adquirir a nacionalidade norte-americana).

1.4.3. Distinções entre brasileiros natos e naturalizados

A distinção é vedada, salvo exceções previstas na própria CF:

a) Art. 12, § 3º - Cargo/função (privativos). Brasileiros naturalizados não podem ser Presidentes da República e sua linha sucessória¹⁰, membros da carreira diplomática, oficial das Forças Armadas ou ministro de Estado de Defesa.

b) Art. 89, VII – Conselho da República (órgão superior de consulta do Presidente).

c) Art. 5º, LI – Extradicação. Brasileiro nato nunca pode ser extraditado e brasileiro naturalizado pode, no caso de crime anterior à naturalização e crime de tráfico de drogas.

d) Art. 222 – Propriedade de emprego jornalístico e no rádio e TV. Pode ser do brasileiro nato ou do brasileiro naturalizado há mais de dez anos.

¹⁰ Linha sucessória do Presidente: Vice-Presidente, Presidente da Câmara, Presidente do Senado, Ministros do STF.

2. Direitos Políticos

2.1. Conceito

Conjunto de regras que visa a disciplinar o exercício da soberania popular. Ou seja, da participação ativa do cidadão na vida política do Estado e da sociedade. Desenvolvem-se no § único do art. 1º da CF: *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

2.2. Espécies

a) Sufrágio. É o núcleo dos direitos políticos, sendo definido como direito de votar e de ser votado.

b) Plebiscito. É o direito político de consulta prévia à população, antes da produção normativa.

c) Referendo. Direito de consulta posterior à produção normativa, dotado de vinculatividade.

d) Ação popular. Direito político que permite ao cidadão invalidar ato lesivo à moralidade legislativa, ao meio ambiente, dentre outros. Assim como o plebiscito e o referendo, é uma ação de democracia direta, de participação direta do povo na vida política. Permite a fiscalização popular. Prevista no art. 5º, LXXIII.

e) Iniciativa popular de lei. Permite aos cidadãos participar do processo de produção normativa apresentando projetos nos termos do art. 61, § 2º. Ex.: lei da ficha limpa.

f) Organização e participação em partidos políticos. Art. 17. Os partidos são instrumentos que fazem a conexão entre os representantes e os representados, portanto são elementos fundamentais no exercício da soberania popular.

2.3. Análise do sufrágio

É o direito público subjetivo de votar e ser votado, isto é, de eleger (alistabilidade) e ser eleito (elegibilidade). Implica na participação ativa da vida política do Estado e da sociedade. Portanto, é o núcleo dos direitos políticos (direito político por excelência). A participação do povo no governo se dá por meio de três institutos: o sufrágio, que representa um direito; o voto, que representa o exercício do direito¹¹; e o escrutínio¹², que é o modo de exercício do direito.

a) Classificações

a.1) Quanto à extensão

- **Universal.** Independe de *condições discriminatórias* (econômicas, sociais, intelectuais) para seu exercício. Até mesmo o sufrágio universal depende de *requisitos* (ex.: idade, nacionalidade, alistabilidade), que não são condições discriminatórias, pois não pode ser entendido de forma absoluta.

- **Restrito.** Depende de condições discriminatórias para seu exercício. Não é amplo. Ex.: censitário (depende de condições econômicas; ex.: Constituição de 1824) e capacitário (depende de condições intelectuais; ex.: Constituição passada). No Brasil, o analfabeto passou a ter direito a voto com a EC 25/85, três anos antes da proclamação da Constituição atual em 1988.

¹¹ Pode ser visto como um direito ou um dever.

¹² Pode ser abeto ou fechado (como no Brasil). Envolve também o processo de apuração dos votos.

a.2) Quanto à igualdade

- **Igual.** O voto tem o mesmo valor para todos (um homem, um voto). O Brasil adota esse tipo de voto nos termos do art. 14.
- **Desigual.** Existem três tipos: múltiplo (indivíduo pode votar em mais de uma circunscrição; ex.: Inglaterra, onde poderia votar na circunscrição onde era domiciliado e na circunscrição onde tinha concluído curso superior), plural (vota mais de uma vez na mesma circunscrição) e familiar (indivíduo pode votar tantas vezes quantos são os mesmos de sua família, sempre na mesma circunscrição).

b) Características do voto

- **Personalidade:** o voto é personalíssimo, ou seja, nenhum indivíduo pode ser representado no exercício do voto (mediante procuração), ou mesmo votar por correspondência.
- **Sigiliosidade:** o voto é secreto; deve-se garantir o sigilo.
- **Obrigatoriedade:** o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos. É facultativo aos maiores de 16 anos/menores de 18, para os maiores de 70 anos e para os analfabetos.
- **Liberdade:** o indivíduo tem liberdade de votar em quem quiser ou ainda anular o seu voto. Apenas o comparecimento formal à urna é obrigatório.
- **Direto:** os cidadãos escolhem diretamente seus representantes. Ao revés, o voto indireto ocorre quando o cidadão escolhe delegados que irão escolher o seu representante. Exceção: segundo o art. 81, na vacância de cargos de presidente e vice-presidente, nos dois últimos anos de mandato, faz-se uma eleição indireta, na qual o Congresso Nacional será o colégio eleitoral (deputados e senadores, escolhidos pelos cidadãos, escolherão o presidente e o vice).
- **Periodicidade:** eleição acontece de tempos em tempos (determinados pelo ordenamento do país).
- **Igualdade:** voto igual e de igual valor a todos. Não há voto múltiplo, plural, familiar, etc. O peso do voto é o mesmo. É o desenvolvimento do princípio do *one man, one vote*.

2.4. Direitos políticos positivos e negativos

2.4.1. Direitos políticos positivos

Direito de votar: alistabilidade → capacidade eleitoral ativa.

Direito de ser votado: elegibilidade → capacidade eleitoral passiva.

a) Capacidade eleitoral ativa

Depende da alistabilidade, procedimento administrativo junto à Justiça eleitoral que qualifica o indivíduo ao exercício do voto. Trata-se da obtenção do título de eleitor.

Obs. 1: O voto é obrigatório para maiores de 18 e menores de 70 anos. Facultativo para analfabetos, jovens entre 16 e 18 anos e maiores de 70 anos (tanto o alistamento quanto o voto são facultativos; mas, se ele quiser votar, ele tem de se alistar; se ele se alistar, o voto continua facultativo, pode votar ou não, mesmo tendo se alistado).

Obs. 2: Com base no pensamento do possível, o portador de deficiência é equiparado ao maior de 70 anos, para quem é impossível ou extremamente oneroso votar. Portanto, o voto é facultativo para eles, mesmo que não haja previsão constitucional para isso.

Obs. 3: São inalistáveis (não podem se alistar ou votar) os estrangeiros e os conscritos¹³. No caso de conscritos que já haviam se alistado antes, o alistamento será suspenso até a prestação do serviço militar. Exceção: o português equiparado, por reciprocidade, é **obrigado** a votar, assim como o brasileiro naturalizado.

b) Capacidade eleitoral passiva

Depende da elegibilidade. Tem elegibilidade quem preenche os requisitos e não incorre em causas de inelegibilidade. Ex.: Lula não pôde participar das últimas eleições para Presidente porque já tinha exercido o cargo por 2 mandatos consecutivos. Os requisitos são (art. 14, § 3º):

- Nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado. Quem não pode votar não pode ser votado.
- Pleno exercício dos direitos políticos. Não podem estar perdidos nem suspensos.
- Alistabilidade. O indivíduo tem de ser alistado.
- Domicílio eleitoral na circunscrição, com prazo de um ano antes daquela data. Se for vereador, no município; se for governador, no estado. Aqui, o conceito de domicílio é mais flexível do que no ordenamento civil, pois se permitem laços políticos, econômicos, sociais, comunitários ou familiares.
- Filiação partidária, com prazo de até um ano antes da eleição. A legislação permite ao partido que estabeleça um estatuto que exige um prazo superior a um ano para se candidatar. O Brasil não permite a dupla filiação. Caso ocorra, ambas serão canceladas.
- Idade. Presidente, vice e senador: 35 anos. Governador: 30 anos. Deputados federais e estaduais e prefeito: 21 anos. Vereador: 18 anos. Sobre o momento da aferição existem 3 correntes: no momento do registro, no momento da eleição ou no momento da posse. A maioria dos requisitos é aferida no registro; alguns serão observados no momento da eleição (ex.: filiação partidária); porém, o requisito da idade é analisado no momento da posse (art. 11 da Lei 1.904).

2.4.2. Direitos políticos negativos

São impedimentos e restrições aos direitos políticos positivos, ou seja, à capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado).

a) Inelegibilidades

São restrições e impedimentos à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Podem ser absolutas ou relativas.

a.1) Absolutas. Independem das eleições ou do cargo a ser preenchido, portanto, são condições pessoais que o tornam inelegível em qualquer eleição para qualquer cargo.

- Conscritos (inalistáveis);
- Estrangeiros (inalistáveis);
- Analfabetos. Antigamente, a aferição se dava por meio de testes públicos. Atualmente, se dá por três critérios: comprovante de escolaridade; declaração de próprio punho; teste privado, individual.

¹³ Aqueles que estão prestando serviço militar obrigatório pelo prazo de 2 anos ou por engajamento (prestação de serviços militares na posterioridade devido a impossibilidade de prestar os serviços no momento. Ex.: curso de medicina).

a.2) Relativas. Dependem da eleição e do cargo. Em regra, é elegível, porém, é inelegível relativamente a determinado cargo e a determinada eleição. Ex.: Lula era inelegível na eleição de 2010 para o cargo de Presidente, mas poderia se candidatar a Senador. Nas eleições de 2014, ele poderia se candidatar a Presidente novamente.

- **Cargo ou função** (art. 14, §§ 5º e 6º).

De acordo com o § 5º, os presidentes, governadores, prefeitos e seus respectivos vices não poderiam exercer 3 mandatos consecutivos.

1. Presidente, governador e prefeito: caso renuncie no segundo mandato, ele ainda não pode concorrer novamente ao cargo, dado que isso incorreria no terceiro mandato sucessivo. O Presidente também não poderia renunciar no fim do segundo mandato e concorrer a vice-presidente, pois em qualquer momento que substituísse o Presidente, ele estaria exercendo terceiro mandato consecutivo. No caso de vacância do cargo de presidente e vice, o presidente anterior também não poderia concorrer às eleições, dado que um mandato constitui um período de quatro anos.
2. Vices: o vice presidente, etc., tendo exercido dois mandatos como tal, pode concorrer ao cargo de presidente, etc. por dois mandatos consecutivos, desde que no caso de substituição temporária. No caso de substituição definitiva (sucessão), o vice não pode concorrer como presidente, etc. Ex.: caso o Presidente morra durante o mandato, o vice assume como sucessor. Portanto, caso seja eleito nas eleições seguintes, esta será considerada a sua reeleição.

De acordo com o § 6º, caso o presidente, governador ou prefeito queira concorrer a outro cargo, ele deve renunciar o cargo atual no mínimo seis meses antes das novas eleições (desincompatibilização). Isso não é necessário, porém, caso queira concorrer à reeleição, pela regra da continuidade administrativa. Caso ocorra a renúncia do titular, o vice se torna titular, portanto, não pode concorrer a nenhum outro cargo. Caso o vice substitua temporariamente o titular nos últimos seis meses de mandato, só pode concorrer aos cargos do titular e ao seu próprio cargo de vice na eleição subsequente.

- **Reflexa** (art. 14, § 7º). Envolve a família (pai, mãe, irmãos e afins: mulher do irmão, esposa do filho, mulher do pai, cônjuge ou companheiro em união estável ou homoafetiva) do presidente, governador ou prefeito. Visa impedir a perpetuação de famílias no poder político. É válida para a circunscrição do titular. A dissolução de sociedade ou vínculo conjugal no curso do mandato não afeta a inelegibilidade reflexa.

Prefeitos: familiares não podem se candidatar aos cargos de prefeito, vice-prefeito e vereador.

Governadores: familiares não podem se candidatar aos cargos de governador, vice-governador, deputado federal, deputado estadual, senador, prefeito, vice-prefeito e vereador.

Presidentes: familiares não podem se candidatar a nenhum cargo,

Exceções: titular que está tentando a reeleição (ex.: Aécio Neves concorreu a governador no mesmo ano em que o irmão concorreu a deputado federal. Nas próximas eleições, o irmão pode sim concorrer à reeleição.);

renúncia em até seis meses antes da eleição no primeiro mandato (súmula 6 do TSE: *O Tribunal assentou que o Cônjuge e os parentes do chefe do Executivo são elegíveis para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e tiver se afastado definitivamente até seis meses antes do pleito*).

- **Legal** (art. 14, § 9º). Envolve abuso no exercício de cargos, do poder econômico, etc. A Lei Complementar 64/90 estabeleceu uma série de situações que tornariam os indivíduos inelegíveis por determinado período de tempo. Porém, foi modificada pela Lei Complementar 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa. As duas principais novidades estabelecidas por essa lei foram: a inelegibilidade de condenados por órgão colegiado¹⁴ (ainda que caiba recurso, ainda que não tenha transitado em julgado); e a modificação do prazo de inelegibilidade de três para oito anos após o cumprimento da pena nos crimes referidos na lei. Ou seja, após a extinção da punibilidade, o indivíduo deve permanecer inelegível por oito anos.

Em julho de 2010, essa lei foi questionada em relação à sua constitucionalidade (por ferir o princípio da anualidade expresso no art. 16) e em relação ao princípio da presunção de inocência (supostamente ferido pela disposição da inelegibilidade mesmo sem trânsito em julgado).

Posicionamento do TSE: Em uma consulta em julho de 2010, declarou a constitucionalidade da lei. Sobre a constitucionalidade da lei, o TSE se posicionou por sua afetividade imediata, com base na decisão do STF no caso da LC 64/90. Ainda, afirmou que apesar do princípio da presunção da inocência, há também o princípio da moralidade administrativa, que deveria preponderar nesse caso (dado que os princípios não são absolutos).

Posicionamento do STF: Logo em seguida, o STF foi chamado a enfrentar o caso (Joaquim Roriz e Jader Barbalho: pág. 680 a 693 do livro). Nos dois casos, a decisão ficou empatada, pois só havia 10 ministros. O STF, então, decidiu por não decidir, mesmo que existissem recursos para trabalhar o desempate. No caso de Jader Barbalho, o STF decidiu por manter a decisão do tribunal anterior, tornando-o inelegível. Em março de 2011, o STF decidiu que a Lei da Ficha Limpa não poderia ser aplicada em 2010, por motivo de contrariar o art. 16. Em fevereiro de 2012, o STF é novamente chamado a opinar sobre a Lei da Ficha Limpa. ADC 29, ADC 30 (ações declaratórias de constitucionalidade) e ADI 4568 (ação direta de inconstitucionalidade). O STF decidiu por sua aplicação em 2012, e entendeu que mesmo ferindo o princípio da presunção da inocência, a lei é constitucional, dado que respeita o princípio da moralidade administrativa. Por fim, houve uma análise da lei frente ao princípio da segurança jurídica e da irretroatividade em virtude da possibilidade de aplicação a fatos e atos retroativos. Nesse sentido, o STF decidiu que a lei poderia, sim, atingir atos e fatos pretéritos, ocorridos antes de sua vigência.

Obs.: Art. 14, § 8º. Esse artigo trabalha a questão do militar. O militar é elegível, mas não pode se filiar a partido político (art. 142, § 3º, V). No momento de registro de candidatura ele pode se filiar (não precisa ser um ano antes). Como não pode ficar filiado depois da eleição, há duas possibilidades para seu destino.

¹⁴ Tribunais de 2º grau (Tribunal Superior, como TSE e STJ).

Militares com menos de dez anos de atividade deverão afastar-se definitivamente da atividade. Militares com mais de dez anos de atividade serão agregados, tendo afastamento temporário. Se eleito, tem afastamento definitivo, é exonerado. Se não for eleito, pode voltar à atividade. Após o afastamento definitivo, caso queira voltar para a atividade militar, deve fazer novo concurso.

b) Perda ou suspensão de direitos políticos

Restrições e impedimentos à capacidade eleitoral ativa e passiva. Portanto, o indivíduo não pode votar nem ser votado. Nos termos do art. 15 da CF não há cassação de direitos políticos no Brasil, haverá apenas a perda ou suspensão desses direitos. Nas duas hipóteses os direitos podem ser reavidos.

b.1) Hipóteses de perda

- Ação de cancelamento de sua naturalização transitada em julgado;
- Aquisição voluntária de outra nacionalidade, com a perda da nacionalidade brasileira;
- Escusa de consciência, do art. 5º, VIII: *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.*

b.2) Hipóteses de suspensão

- Condenação criminal transitada em julgado (dura até a extinção da punibilidade) (súmula nº 9 do TSE);
- Incapacidade civil absoluta (súmula 9 do TSE);
- Improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

2.5. Partidos Políticos

2.5.1. Conceito

Instrumentos de intermediação e conexão entre representantes e representados para o exercício da soberania popular (art. 1º da Lei 9.906/95). A filiação partidária é um dos requisitos básicos da candidatura. Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, que adquirem a personalidade na forma da lei civil (são associações). Após adquirirem personalidade, devem registrar seus estatutos no TSE, para que possam exercer suas atividades.

2.5.2. Criação, Fusão e Incorporação de Partidos

Regulamentada pelo art. 17. Os partidos têm sua autonomia limitada pela soberania nacional, pelo regime democrático, pelo pluripartidarismo, e pelos direitos fundamentais da pessoa humana. Tem como dever respeitar alguns preceitos: caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral; funcionamento parlamentar de acordo com a lei. Ainda, não podem agir como organizações paramilitares ex.: não podem possuir armas, hierarquia e uniformes como se militar fosse. No § 1º do mesmo artigo, regulamenta-se a autonomia interna dos partidos. Os partidos não são obrigados à verticalização¹⁵. Na eleição nacional de

¹⁵ Obrigatoriedade das coligações de âmbito nacional serem repetidas em âmbito estadual e municipal.

2002, o TSE decidiu pela verticalização sob o fundamento de se manter uma linha ideológico-partidária no âmbito nacional e estadual, e, dessa forma, fortalecer os partidos no Brasil, e assim contrariando os partidos. Nas eleições de 2006, o TSE também decidiu pela verticalização. Porém, houve uma reunião do congresso nacional para dar uma resposta a essa decisão. O Congresso elaborou uma emenda constitucional (EC 52/2006) que modificava o § 1º do art. 17, que estabelece a não obrigação de verticalidade. Não foi aplicado em 2006, apenas nas eleições posteriores.

2.5.3. Financiamento das campanhas

O financiamento é tanto público quanto privado. No âmbito privado, acontece por meio de doações de pessoas físicas ou jurídicas. No âmbito público, o financiamento é feito por meio do acesso ao Fundo de Participação Partidária. 5% do dinheiro é distribuído de forma igual entre todos os partidos. Os outros 95% são distribuídos de forma proporcional ao número de representantes do partido no Congresso Federal, por isso, a eleição de deputados federais é a mais importante financeiramente.

2.5.4. Propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral é gratuita no país (art. 17, §3). 1/3 do tempo é dividido igualmente entre os partidos e os outros 2/3 são distribuídos em partes proporcionais ao número de deputados federais do partido ou da coligação.

2.5.5. Fidelidade partidária

Em março do ano de 2007, foi feita uma consulta ao TSE em relação ao mandato: se seria do partido ou dos parlamentares. O TSE decidiu que o mandato pertencia ao partido, e não ao indivíduo eleito por ele. O STF também foi consultado, e referendou, em outubro, a decisão do TSE. Ainda, decidiu que a decisão retroagiria até março de 2007, na data da decisão do TSE. Por fim, definiu que a perda de mandato por infidelidade partidária seria definida pelo próprio TSE em procedimento próprio, como respeito ao contraditório, à ampla defesa, e ao devido processo legal – dado que o indivíduo pode ter mudado de partido, por exemplo, por infidelidade partidária, e não por infidelidade própria, ou até mesmo por perseguição do partido. Posteriormente, em novembro, o TSE estabeleceu uma resolução que decidiu o procedimento. A perda de mandato atinge todos os cargos (presidente, senador, deputado, etc.), e, além disso, no caso de morte de um político que mudou de partido, um suplente do partido anterior assume a vaga (dado que era seu detentor originário).

Organização do Estado

1. Introdução

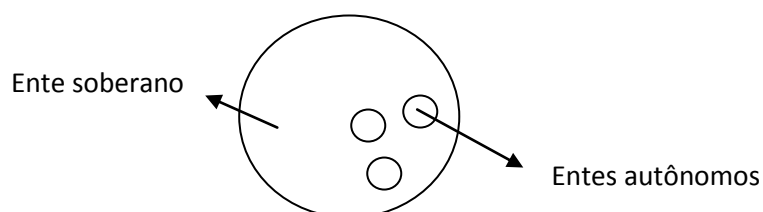
a) Conceito

É a distribuição geográfica do poder político em função de um território.

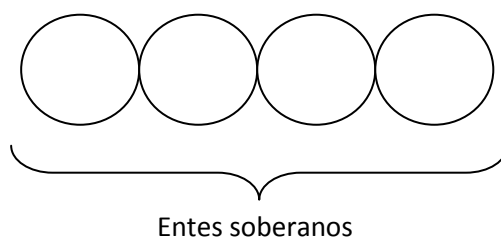
b) Espécies

- **Estado Unitário:** não há uma distribuição do poder político, existindo apenas um polo emissor ou emanador de normas. Devido à complexidade da sociedade atual, não é possível que hajam estados unitários sem nenhum tipo de descentralização, portanto, nos atuais estados unitários complexos ou compostos foi desenvolvido um tipo de descentralização administrativa que permite uma reprodução social mais adequada nos mesmos. Braços da administração são criados com personalidade jurídica própria para a resolução de querelas, de situações. Esses braços podem ser departamentos, distritos, regionais, municípios, etc. Com isso, há uma maior democratização, dado que o estado se aproxima da população, dialoga com ela; a população se sente mais representada. A distância diminui entre povo e poder, entre representantes e representados. Ainda, há também uma desburocratização. O indivíduo não precisa ir ao polo central para resolver determinadas questões. Ex.: França, Portugal.

- **Estado Federal:** é aquele no qual há uma distribuição do poder político, na qual um ente é dotado de soberania e os outros entes são dotados de autonomia. É originado de uma Constituição, e regido pelo princípio da indissolubilidade do vínculo federativo (art. 1º da CF). Ainda, nos Estados Federais há um órgão de cúpula (máximo) do poder judiciário para dirimir conflitos entre os entes (ex.: STF no Brasil).



- **Confederação:** é uma junção de estados na qual há uma distribuição do poder político, na qual todos os entes são dotados de soberania. As confederações nascem de um acordo ou tratado entre os entes. No entanto, cada um deles tem a sua própria constituição soberana, além de poderem se desvincular da confederação a qualquer momento. Por fim, não há um órgão de cúpula para dirimir conflitos entre os entes; cada ente tem um órgão próprio.



2. Análise do federalismo brasileiro

2.1. Classificação:

a) Quanto à origem

- **Federalismo centrífugo/de segregação:** nasce do centro para a periferia, ou seja, primeiro é formado o Estado, que depois se subdivide. Ex.: em 1824, o Brasil era um Estado centralizado e unitário, mas em 1891 se torna um Estado federativo por meio de um processo de centralização.

- **Federalismo centrípeto/de agregação:** nasce de um movimento da periferia para o centro. Os entes soberanos alienam a sua soberania para um único ente e se tornam autônomos. Ex.: as Treze Colônias se unificaram e criaram uma Constituição em 1787.

b) Quanto à concentração do poder

- **Federalismo centrífugo:** é mais descentralizado. O ente central tem menos competências do que os entes periféricos. Isso se deve à origem soberana dos entes periféricos. Ex.: federalismo norte americano.

- **Federalismo centrípeto:** é mais centralizado. O pólo central tem um número maior de competências em relação aos entes periféricos. Ex.: federalismo brasileiro (art. 22 da CF).

2.2. Estrutura

É comum confundir a União com a República Federativa do Brasil, dado que ambas possuem território e interesses (nacionais) coincidentes. Porém, a União **é um ente autônomo** (como os estados, municípios e o Distrito Federal), e não soberano (como a RFB). A União apenas representa a RFB (tanto interna quanto internacionalmente), portanto é pessoa jurídica de direito público interno. A autonomia é a capacidade para desenvolver atividades dentro de limites previamente circunscritos pelo ente soberano. Na prática, a autonomia se divide em três capacidades (tríplice capacidade):

a) Auto-organização (normatização própria)

- **União:** produz as leis federais (Constituição da RFB).

- **Estado:** produz as leis estaduais (constituições estatais).

- **Município:** produz as leis municipais (leis orgânicas, art. 29).

- **Distrito Federal:** produz as leis distritais (leis orgânicas, art. 32).

Não há hierarquia entre leis federais, estaduais, municipais e distritais. Não se pode dizer que as leis federais prevalecem sobre as outras simplesmente por terem esse status. A lei que prevalece é aquela feita pelo ente a quem foi atribuída competência para decretá-la. A CF distribui as competências legislativas entre os entes de acordo com as matérias, de modo que tudo está adstrito à República Federativa Brasileira (ente soberano) e à distribuição material de competências por ela feita.

b) Autogoverno

- **União:** tem poder legislativo, executivo e judiciário (art. 2º da CF). O poder legislativo é centrado no Congresso Nacional, que atua tanto como congresso da União (leis federais, restritas ao âmbito federal; ex.: Lei 8.112, estatuto do servidor público nacional) quanto congresso da RFB (leis nacionais, que vinculam todos os entes federados; ex.: Código Civil).

- **Estado:** possuem poder legislativo (art. 27), executivo (art. 28) e judiciário (art. 125).

- **Município:** tem apenas poder legislativo e executivo; falta poder judiciário e representatividade no senado. Uma corrente majoritária entende que o município é sim um ente federativo dotado de autonomia, embora existam exceções. A corrente minoritária (José Afonso da Silva), por outro lado, diz que não a falta desses elementos impede sua classificação como ente autônomo.

- **DF:** tem poder legislativo, executivo e judiciário, mas com exceções. O poder judiciário do DF está atrelado à União, bem como o Ministério Público, a Polícia Civil e a Polícia Militar¹⁶ (art. 21, XIII e XIV; art. 22, XVII). Até 28/03/12, a DP do DF não tinha estrutura autônoma, mas isso mudou com a EC 69/2012, e agora ela tem estrutura própria.

c) Autoadministração

Exercício de competências administrativas, legislativas e tributárias. Competência é a faculdade juridicamente atribuída a um ente pela Constituição para a tomada de decisões. Acaba por desenvolver o autogoverno (competências administrativas) e a auto-organização (competências legislativas). A repartição de competências tributárias é trabalhada pelo Direito Tributário, e não pelo Direito Constitucional.

2.3. Técnicas de repartição de competências

a) Repartição horizontal: é aquela em que há uma distribuição específica e individualizada de competências entre os entes. Ou seja, é uma distribuição estanque, fechada, na qual cada ente tem suas competências, distribuídas de acordo com a matéria, não as dividindo com os demais. Essa modalidade de repartição visa a desenvolver um tipo de federalismo dual ou clássico, típico do Estado Liberal. É adotada na Constituição atual (e foi adotada desde a CF/1891), por influência da Constituição dos EUA de 1787. No modelo brasileiro, as competências da União e dos municípios são enumeradas, ao passo que os estados têm as competências remanescentes.

b) Repartição vertical: é aquela em que dois ou mais entes atuam conjunta ou concorrentemente para uma mesma matéria (um mesmo tema). Objetiva desenvolver um novo tipo de federalismo de cooperação, típico dos estados sociais, no qual dois ou mais entes empreendem esforços comuns, a fim de que alcancem objetivos comuns. Surgiu no Brasil com a Constituição de 1934 (sob a influência da Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha), e continua presente na CF/88.

¹⁶ Como previsto no art. 144, § 6º, mesmo que a PC e a PM do DF sejam mantidas pela União, são administradas pelo governador do DF.

| | Repartição Horizontal | Repartição Vertical |
|-------------------------|--|--|
| União | <p>- 21: enumeradas. Diz respeito às competências <u>administrativas</u> (exclusivas).</p> <p>- 22: enumeradas. Diz respeito às competências <u>legislativas</u> (privativas). Há uma inter-relação entre elas (ex.: emitir moeda x política de câmbio).</p> | <p>- 23: competências comuns, que são administrativas. Parágrafo único: princípio da cooperação, ou da integração. Impede que os entes evitem a tarefa.</p> <p>- 24: competências concorrentes, que são legislativas. Legislam concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. Podem ser:</p> <p>a) cumulativas: não existem limites prévios para a atuação concorrente. CF não diz como é feita, portanto, não funciona muito bem.</p> <p>b) não cumulativas¹⁷: existem limites previamente definidos para a atuação concorrente. É adotada no Brasil. Para cada matéria, há uma noção predefinida de como será a atuação: a União edita normas gerais, que são suplementadas pelos estados e pelo DF de acordo com suas peculiaridades por meio de <u>normas complementares</u>. Ex.: meio ambiente. Nos casos em que a União se mostra omissa, os estados e o DF podem ditar <u>normas supletivas</u>, exercendo competência legislativa plena, a fim de suprir as lacunas deixadas pela União. Se, posteriormente, a União editar as normas gerais, as normas supletivas que as contrariarem são suspensas. As que não contrariam voltam a vigorar¹⁸.</p> |
| Estado | <p>- 25, § 1º: remanescentes. São vedadas aos estados as competências enumeradas para a União e para os municípios. Ex.: o transporte interestadual é organizado e fiscalizado pela União, e o transporte local pelo município. O transporte intermunicipal, por exemplo, é função do Estado (não está na CF).</p> | |
| Município | <p>- 30, I: enumeradas legislativas. Os interesses locais também são regionais e nacionais¹⁹. O município legisla sobre as matérias que administra. Ex.: súmula 645 diz que o município regula o horário de funcionamento do comércio.</p> <p>- 30, III a IX: enumeradas administrativas.</p> | |
| Distrito Federal | <p>- 32, § 1º. O DF possui competências tanto do estado quanto do município, tanto regionais quanto locais.</p> | |

Sobre funções privativas e exclusivas, existem duas correntes. A primeira delas (José Afonso da Silva) defende que as funções exclusivas não podem ser delegadas, ao passo que as privativas podem. A segunda, por outro lado (F. Dias, G. Mendes, Bernardo), defende que não há diferenças entre as duas denominações, e não há possibilidade de delegação em nenhuma delas. Os art. 51 e 52 são exemplos de competências privativas nas quais não há possibilidade de delegação, logo, a classificação da primeira corrente não é adotada pela própria Constituição.

¹⁷ Questão dos municípios: os municípios também podem editar normas suplementares complementares (art. 30, II c/c art. 24). Quanto às normas suplementares supletivas, há duas correntes. A corrente municipalista (Bernardo concorda) afirma que o município tem, sim, competência legislativa plena (art. 30, II c/c art. 24, § 3º). A corrente majoritária, por outro lado, entende o contrário, em virtude de uma interpretação literal do art. 30, II.

¹⁸ Elas não voltam a vigorar em virtude do efeito repristinatório (volta da vigência de uma lei que foi revogada), dado que não foram revogadas, e sim suspensas.

¹⁹ Princípio (federalista) da predominância dos interesses: diz que o interesse da União será sempre interesse geral, o interesse do Estado será sempre regional, o interesse do Município será sempre local e o interesse do DF será sempre regional e local.

Obs.: Sobre as funções privativas e exclusivas da União, existe a possibilidade de delegação, como previsto no art. 22. Os requisitos para a delegação são:

- **Formal:** a delegação deve ser dada mediante Lei **Complementar** (e não Lei Ordinária)
- **Material:** deve ser sobre uma matéria específica junto aos incisos. Há sempre uma especificação da matéria. A União não pode delegar o inciso.
- **Implícito:** igualdade. É vedada à União criar preferências, conforme o art. 19, III da CF. A delegação deve ser feita igualmente, ou seja, não pode haver delegação para estados específicos; tem que ser para todos, inclusive para o DF (com base no art. 32, § 1º).

2.4. Considerações finais

a) O rol de competências enumeradas da União não se esgota nos arts. 21 e 22. Existem outras competências privativas e exclusivas da União na CR/88. Ex.: arts. 48, 49, 148, 149, 164, 184.

b) As competências enumeradas dos municípios não estão apenas no art. 30, pois há outras competências dos municípios na Constituição. Ex.: arts. 144, § 8º e art. 182, § 1º.

c) Segundo a lógica da repartição horizontal, os estados são dotados de competências remanescentes. No entanto, existem exceções, que constituem matérias que o constituinte quis dar ênfase. Ex.: art. 25, § 2º e 3º e art. 18, § 4º.

d) Territórios: descentralização administrativa da União. Os territórios não são entes federativos dotados de autonomia política, estão conectados ao ente federativo da União. Porém, tem autonomia jurídica, ou seja, são dotados de personalidade jurídica própria. Atualmente, não existem territórios no Brasil, mas já existiram (Amapá, Roraima e Fernando de Noronha) e podem vir a existir novamente. São criados mediante Lei Complementar, após aprovação plebiscitária da comunidade interessada. O território seria comandado por um Governador nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, nos termos do art. 84, XIV. Ele não tem mandato fixo, pode se manter ou sair do cargo a qualquer momento. Ademais, o território teria uma Câmara territorial, com representantes do povo do território, com funções deliberativas. Os territórios com mais de 100 mil habitantes teriam órgãos do poder judiciário de primeira e segunda instância, defensoria pública e ministério público federal. Territórios têm direito a quatro deputados federais. Pode ser dividido em municípios, nos quais serão aplicados, no que couber, as normas dos arts. 29 a 31. As contas dos Territórios serão apreciadas pelo Congresso Nacional, após parecer do Tribunal de Contas da União. Sistema de ensino dos territórios é organizado pela União, nos termos do art. 211.

e) O Distrito Federal é um ente federativo dotado de autonomia política (auto-organização, autogoverno e autoadministração). No que tange ao autogoverno, porém, sofre exceções: o Poder Judiciário, bem como o MP, a PC e a PM, está sob estrutura da União. O DF não pode ser dividido em municípios; as cidades-satélites são regiões administrativas do DF, e não municípios, e Brasília é a capital federal. O DF tem 8 deputados federais, 3 senadores e 24 deputados estaduais. O DF **não é um município**.

f) Criação de novos estados. O território brasileiro não pode ampliar suas fronteiras, mas sua divisão interna pode ser revista.

- Fases:

1. Aprovação de um plebiscito feito com a população interessada (condição de procedibilidade para os outros requisitos).
2. Oitiva da(s) Assembleia(s) Legislativa(s), que emitirão um parecer não vinculante.
3. Aprovação de Lei Complementar da União, que é o requisito definitivo. Caso não seja aprovada, o novo estado não é criado.

- Hipóteses:

1. Incorporação (fusão): dois ou mais estados se fundem, ocorrendo a perda da personalidade jurídica dos entes primitivos. Ou seja, os estados primitivos (separados) deixam de existir, dando lugar a um novo estado.
2. Subdivisão: um único estado se divide em dois ou mais estados, havendo perda da personalidade jurídica do estado primitivo.
3. Desmembramento: o estado perde parte de sua população e de seu território, mas não há perda de sua personalidade jurídica. Há duas espécies:
 - Anexação: parte da população e do território é anexada a outro estado já existente.
 - Formação: parte da população e do território forma um novo estado. Ex.: Goiás perdeu parte de seu território e população para a formação de Tocantins (art. 13 do ADCT); Mato Grosso perdeu parte de seu território e população para a formação do Mato Grosso do Sul.

g) Criação de novos municípios. É semelhante à criação de novos estados, mas difere no que tange às fases ou requisitos, à luz do art. 18, § 4º da EC 15/96.

1. Lei Complementar da União estabelecendo o período possível de criação de novos municípios.
2. Estudo de viabilidade.
3. Aprovação por plebiscito com a população diretamente envolvida ou interessada.
4. Lei estadual criando o novo município.

Obs.: De 88 a 96, um número absurdo de municípios foi criado no Brasil. Então, a EC 15/96 modificou a Constituição para dificultar este processo. Porém, essa lei complementar da União nunca foi estabelecida. Alguns estados, então, começaram a criar municípios com lei estadual. Foram criados 57 municípios no Brasil de forma irregular, descumprindo a Constituição. Ex.: criação do município Luís Eduardo Magalhães. Foi direcionada a esse caso a ADI 2240. O STF (em 09/05/2007) foi chamado a julga-lo, declarando-a PROCEDENTE, afirmando a inconstitucionalidade da lei e impondo a nulidade em maio de 2009, 24 meses depois. Assim, esperava-se que fizesse a lei complementar, o que não foi feito. Em dezembro de 2008 foi promulgada a emenda constitucional 57 para salvar os municípios, constitucionalizando-os.

Intervenção Federal

1. Princípios

1.1. Excepcionalidade

A regra do Federalismo é a autonomia (art. 34), e a intervenção é a antítese da autonomia.

1.2. Necessidade

A intervenção só vai existir se não tivermos um meio menos gravoso para restabelecer a política. Deve ser a *ultima ratio* do sistema. Caso exista meio menos gravoso, ele será aplicado, e não a intervenção. Para que se aplique a intervenção, deve estar provada a sua necessidade.

1.3. Taxatividade

O rol de hipóteses é taxativo, e não exemplificativo. As hipóteses estão enumeradas no art. 34 da CF.

1.4. Temporalidade

A intervenção deve ter um prazo certo, ter começo, meio e fim. Se dentro do prazo determinado não forem atingidos os objetivos da intervenção, ele pode ser prorrogado, mas deve ser determinado novamente.

2. Conceito

É um ato de natureza política excepcional, dotado de necessidade, que consiste na supressão temporária da autonomia de um ente (sempre do mais amplo para o menos amplo, ou seja, a União interfere nos estados e no DF²⁰, e os estados intervêm nos municípios), em virtude de hipóteses taxativamente previstas na CF.

3. Procedimentos

3.1. Hipóteses

a) Art. 34, I, II, III, V. Decretado de ofício, ou seja, não depende da provocação, mas da simples verificação de motivos pelo presidente.

b) Art. 34, IV. Depende de solicitação do poder legislativo ou do poder executivo coacto ou impedido; ou requisição do poder judiciário coacto impedido²¹ para o Presidente da República. No caso da solicitação o Presidente não é obrigado a decretar, e no caso da requisição, ele é.

c) Art. 34, VI. Deve haver descumprimento de ordem ou decisão judicial do STF, STJ e TSE (2º P) e depende de provimentos do STF em representação por P.G.R. (1º P) (é o ajuizamento de uma ação, chamada Ação de Execução de Lei Federal). Dada a requisição (que é feita pelo órgão cuja norma foi desrespeitada²²), o Presidente é obrigado a decretar a intervenção.

²⁰ Mesmo se o estado for omissivo, a União não pode intervir.

²¹ Coacto ou impedido = que está sofrendo coação ou impedimento.

²² No caso de órgãos judiciais, a requisição caberá ao STF, que é o guardião dos outros órgãos.

d) Art. 34, VII. A intervenção depende do provimento do STF em representação do P.G.R., assim como no inciso VI. A representação, porém, é diferente, bem como a ação ajuizada, que é a ADI interventiva. O presidente também será obrigado a decretar a intervenção.

4. Considerações Finais

O decreto fixa as condições, os termos, a amplitude, os limites e o prazo. Se couber, nomeará um interventor. O decreto sofrerá controle político pelo CN, nos termos do art. 46, IV e 36, §§ 1º e 2º. O Congresso aprova e controla algo que já está em curso, com um prazo de 24 horas. Caso o CN não aprove, a intervenção deve ser imediatamente sustada, paralisada. Se ainda assim o Presidente prosseguir com a intervenção, é punido em virtude de crime de responsabilidade (art. 85, II). Porém, existem exceções nas quais não haverá controle político pelo CN, que estão expostas no art. 34, VI e VII (ver art. 36, § 3º).

Obs.: existe controle de legalidade e constitucionalidade sobre o decreto de intervenção, desde que o decreto descumpra os procedimentos previstos na CF. Exemplos:

- Caso o Presidente faça um decreto de intervenção de ofício e fundamente-o sobre a coação do poder legislativo sobre o poder executivo, essa intervenção é inconstitucional (porque descumprir o procedimento da Constituição determinado para essa hipótese).
- Em 2005 o Presidente Lula decretou a intervenção federal sem prazo no município do Rio de Janeiro, mais especificamente em nove hospitais, sem submeter o decreto ao CN. Porém, não se pode decretar a intervenção federal em municípios, então a procuradoria do RJ entrou com um mandado de segurança. Todos os votos foram à favor do município do RJ.