

PONTO 38

PLANO DE AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

(Publicação do dia 17 abril de 2020 – Marcadores – Aulas

<https://www.conhecerparareconhecer.com.br/post.php?id=42>)

Senado federal. Composição. Sistema eleitoral. Duração do mandato. Renovação alternada da representação. Competência privativa.

- Composição: art. 46

O senado é composto por representantes dos estados e do distrito federal. Como já dito, trata-se aqui de uma representação objetiva.

No Brasil, o senado tem uma função política, ou seja, possibilita a participação dos estados e do distrito federal na formação da vontade estatal; na Alemanha, o conselho federal, que corresponde ao nosso senado federal, ao contrário, tem uma função administrativa, isto é, trazer a experiência administrativa dos estados ao plano federal.

- Princípio majoritário: art. 46

Os senadores são eleitos pelo sistema majoritário. O sistema eleitoral majoritário, que a CF denomina de princípio, já foi tratado no ponto 37. Cada estado e o distrito federal elege 3 senadores. Assim, o total de senadores é de 81.

- Duração do mandato: art. 46, § 1º

A duração do mandato de senador é de 8 anos.

Renovação alternada da representação: art. 46, § 2º

A renovação alternada vem desde a constituição de 1891. A renovação ocorre de 4 em 4 anos, alternada de 1/3 e 2/3.

- Competência privativa: art. 52

- I:

- Art. 102, I, b

Competência do STF: infrações penais comuns cometidas pelo presidente da república, vice-presidente, membros do congresso nacional, seus próprios ministros e procurador-geral da república.

- Art. 102, I, c

Competência do STF: infrações penais comuns e crimes de responsabilidade cometidos por ministros de estado, comandantes das forças armadas, com ressalva do prescrito no artigo 52, I, CF, membros dos tribunais superiores, do TCU e chefes de missão diplomática.

- parág. único do art. 52

- *Impeachment*

O processo de destituição do presidente da república chama-se Impeachment, de tradição anglo-norte-americana. Nos Estados Unidos, o presidente Nixon renunciou antes da sua realização. No Brasil, ocorreu com o presidente Collor (1992) e Dilma (2016). Está presente nas constituições brasileiras desde 1891.

Obs.: a não reeleição também é um modo de destituição.

No processo de Impeachment devem ser distinguidas duas esferas:

1. senado: o julgamento, presidido pelo presidente do STF, é político. O efeito da condenação, que requer maioria de 2/3, é a perda do cargo com inabilitação, durante 8 anos, para o exercício de função pública. Outras sanções judiciais também podem ter lugar.

Obs.: no caso da presidente Dilma a inabilitação foi ignorada. Isso é questionável jurídico-constitucionalmente, porque, prescindindo de uma mutação

constitucional, a constituição federal somente pode ser modificada por meio de emenda (artigo 60, caput, CF).

2. judiciário: decide somente sobre questões formais, isto é, não pode rever a questão material.

O seguinte pode auxiliar nisso:

T → R. T está para Tatbestand (tipo) e R para Rechtsfolge (consequência jurídica). A flecha significa: se, então. Ou seja, se o tipo foi preenchido, então tem de se seguir a consequência jurídica prevista. Kelsen diz: a norma tem de, então, ser aplicada (uma vez que não foi cumprida). O T está na esfera do judiciário, o R, na do senado. Em outras palavras: o tipo do crime de responsabilidade deve estar preenchido (deve ter sido realizado), o que também vale na esfera do senado. Mas a consequência jurídica pode ser aplicada ou não. Nisso reside o julgamento político. A implicação (o um não sem o outro) converte-se, no lado da consequência jurídica, em não-equivalência (rigorosamente um de ambos).

- II

Nesse inciso estão previstas outras pessoas, para as quais também se aplica os tipos do crime de responsabilidade.

- III, IV

No caso do inciso III, a arguição é pública, no do inciso IV, secreta.

- V, VI, VII, VIII, IX

Em todos esses incisos o senado tem uma participação ativa nas operações financeiras que afetam qualquer pessoa jurídica de direito público interno. Assim, a responsabilidade não é apenas do executivo, mas também do senado. Na constituição federal anterior o senado estava excluído das operações financeiras externas da união.

- X

- Inconstitucionalidade formal
- Inconstitucionalidade material

Obs.:

O controle de constitucionalidade das leis

13.1 Origem e evolução

13.2 O sistema norte-americano

13.3 O sistema austríaco

13.4 O controle de constitucionalidade na CF de 1988

13.1 Origem e evolução

No âmbito do controle de constitucionalidade podem concisamente ser indicados quatro momentos:

- 1) na Grécia havia o “graphe paranomon” (arguição de inconstitucionalidade), que fazia todos os cidadãos responsáveis pela defesa da constituição;
- 2) em Roma, na época da república, o senado tinha a competência para examinar a constitucionalidade das leis;
- 3) o julgamento do caso Marbury v. Madison, realizado por Marshall, em 1803.

Obs.:

- a) antes dele a ideia já havia sido aplicada em alguns julgamentos de outras cortes;
- b) o seu raciocínio: se uma lei é contra a constituição, então tem duas alternativas: ou a lei prevalece sobre a constituição ou a constituição prevalece sobre a lei. Como a constituição é obra difícil, longa e complexa dos povos, não teria sentido realizá-la se uma lei pudesse, depois, prevalecer sobre ela. Prevalece, portanto, a constituição;
- 4) constituição austríaca de 1920. A ideia de criar um órgão que monopoliza o controle de constitucionalidade foi de Kelsen e acolhida na constituição da Áustria de 1920 (falar da tradução dela e da lei sobre o tribunal constitucional austríaco – a tradução encontra-se no site <https://www.conhecereconhecer.com.br/post.php?id=40>).

13.2 O sistema norte-americano

Aqui pode ser dito o seguinte:

- a) em geral, a inconstitucionalidade tem caráter declaratório;
- b) em geral, o efeito é ex-tunc (para trás);
- c) na realidade, nega-se execução à lei;
- d) o precedente pode ser assim enunciado: enquanto as condições fáticas e jurídicas não mudam, aplica-se a mesma norma para o mesmo caso (lá o direito é do caso, em geral; dominar uns 200 casos significa poder ser bom advogado).

13.3 O sistema austríaco

Também aqui pode ser dito o seguinte:

- a) o tribunal constitucional tem o monopólio do exame;

Obs.:

1. competência para o exame e competência para a rejeição. A comprovação da constitucionalidade/inconstitucionalidade pode ser assim descrita:

- a) existência de dúvida;
- b) eliminação da dúvida com autoridade (juiz). A dúvida pode estar na constituição ou na lei;
- c) confronto entre a lei e a constituição;
- d) verificação da compatibilidade ou incompatibilidade;
- e) declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

As letras a-d compreendem o exame. A letra e, a rejeição.

2. Na Alemanha, o TCF tem o monopólio da rejeição, mas não o do exame. No controle abstrato tem o monopólio do exame e da rejeição; no controle concreto, apenas o da rejeição. Ver § 76 até 82a, da lei sobre o TCF (a tradução encontra-se no site <https://www.conhecereparareconhecer.com.br/post.php?id=9>).

3. Critério normativo. O critério normativo significa a norma superior, na qual a inferior é aferida (sentido objetivo). Aqui, é a constituição. Daqui vem a ideia da violação direta e indireta do STF. Se a violação é indireta ele não entra em jogo, porque o critério normativo não é a constituição, mas outro texto legal. Portanto, não é caso de recurso extraordinário. Na Alemanha fala-se em direito constitucional específico e não-específico.

- b) A decisão nulifica a lei;

Obs.: aqui deve ser comparado:

- 1. anulabilidade: efeito ex-nunc, constitutiva;
- 2. nulidade: efeito ex-tunc, declarativa;

3. nulificação: efeito ex-tunc ou ex-nunc, sempre constitutiva (ver artigo 140 da constituição austríaca).

Raciocínio de Kelsen

a) sentido subjetivo e objetivo:

1. subjetivo: o resultado final do exercício das funções estatais (decorrentes do exercício dos três poderes) apresenta-se como um ato jurídico (tanto a lei, norma geral, como a sentença e ato administrativo, norma individual). Esses atos apresentam-se com uma pretensão subjetiva, isto é, de regular uma conduta no sentido deôntico (autorizar, permitir ou proibir) (lembrar lógica formal, dialética e deôntica);

2. objetivo: esses atos, para serem válidos, também devem ser compatíveis com a norma superior, tanto no sentido formal (observância das normas de elaboração - processo legislativo -) como no material (compatibilidade do conteúdo da norma inferior com a superior). Se eles mostram-se compatíveis, então somente podem ser nulificados;

b) existência da norma. Para Kelsen, a validade da norma significa que ela tem uma determinada existência. Aqui, isso significa que ela deve ter sido publicada. Toda a antijuridicidade pode ser verificada depois;

c) conforme a lei - antilegal/conforme o direito - antijurídico/conforme a constituição -anticonstitucional.

Conformidade ao direito: para Kelsen quer dizer se a norma, em sua elaboração, respeitou o critério formal e material da norma superior, ou seja, é a conformidade ao direito do exercício das funções estatais;

d) nulo. Kelsen argumenta: se o sentido subjetivo de uma norma não é compatível com o sentido objetivo ela não é válida e não precisa ser aplicada. É nula. Mas, à medida que é preciso uma autoridade para pronunciar isso, entramos no terreno da nulificabilidade. A nulidade é o grau máximo da nulificabilidade. Em outras palavras: se o ato carece do caráter jurídico de validade, então não é necessário tomá-lo dele. Isso é o nulo fático. Se, porém, é necessário tomá-lo, então é a nulificabilidade, na qual a nulidade, nulo jurídico, compreende a retroatividade até o início (ex tunc);

e) sentença constitutiva. Pode, para a parte, na prática, significar a sentença uma nulificabilidade com o grau extremo, ou seja, com efeito ex tunc. Mas para o estado, pelo juiz, ela sempre é constitutiva (explicar Rechtsnorm - válido ou inválido - e Rechtsatz - descreve, é verdadeiro ou falso (aqui reside a oposição). Ou seja: Fundamento de validade, direito natural - da natureza não se pode deduzir uma conduta. Ela é ciência causal, o direito é ciência normativa. A natureza não diz: tu deves conduzir-te conforme as ordens da natureza. Assim: direito natural: norma - conduta: a conduta não é conforme a norma, é verdadeiro, portanto, existe oposição, assim, é ciência. A norma é ôntica. direito positivo: norma - conduta: a conduta não conforme a norma, a contradiz. A norma é deôntica);

f) a sentença retira tanto o ato como os seus efeitos. Diz Kelsen: somente se pode falar em proteção da constituição quando o ato que a viola puder ser nulificado. Isso não é o caso, por exemplo, quando se tira o chanceler, por moção de censura, porque o ato violador da constituição (lei elaborada pelo parlamento sob sua condução) continua a existir. A constituição tem um sentido jurídico somente quando a nulificação for possível.

Obs.:

1. diferença do nulo de Kelsen e de Pontes. Para Pontes, o nulo é jurídico. Lembra-se, aqui, que Pontes trabalha a regra, o suporte fático e a incidência (essa é a terminologia usada por Pontes). A questão para Pontes é verificar os vícios do suporte fático e sobre isso trabalhar a nulidade. Para ele não interessa a questão da retroatividade (Tratado de direito privado, volume 4 e 5);
2. nulidade processual. Trabalha com normas cogentes, nulidade, e normas dispositivas, anulabilidade (Moniz de Aragão, Comentários ao código de processo civil - antigo).

13.4 O controle de constitucionalidade na CF de 1988

Na estrutura constitucional o controle de leis está assim configurado:

A) competência do STF:

- artigo 102, I. ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade;
- artigo 102 III: recurso extraordinário;
- artigo 102, § 1: arguição de descumprimento de preceito fundamental;

- artigo 36, III e I e II.

B) competência do senado federal:

- artigo 52, X. suspensão da execução, total ou parcial, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Obs.: ação de inconstitucionalidade/recurso extraordinário: terminologia.

Podem, nesse âmbito, ser distinguidos quatro pares conceituais:

1. controle principal e incidental refere-se ao objeto do litígio. No controle normativo principal somente a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei é objeto do procedimento. O controle incidental ocorre no quadro de um litígio jurídico que tem outro objeto, como, por exemplo, a conformidade ao direito de um ato. A decisão, porém, depende da constitucionalidade da lei que está na base desse ato;

2. controle normativo abstrato e concreto dirige-se ao motivo do controle normativo. No controle normativo abstrato não existe conexão com um caso litigioso concreto. No controle normativo concreto sim, porque se apresenta a questão de saber se a lei que importa para a decisão é ou não compatível com a constituição;

3. controle concentrado e difuso aponta para o tribunal competente para a decisão. No controle concentrado, tanto a competência para o exame como a competência para a rejeição estão concentradas em um mesmo tribunal. No controle difuso essas competências encontram-se nas mãos de juízes, monocráticos ou não;

4. controle normativo especial e integrado. No controle normativo especial a jurisdição constitucional é atribuída a um tribunal constitucional especial. No controle normativo integrado, a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos.

Na prática, esses pares conceituais se cruzam. Para o Brasil atual vale o 3. Pelo artigo 1029, § 4, do novo código de processo civil, a competência para a rejeição, por meio da competência para suspensão geral, no controle difuso, foi intensificada no STF no tocante ao recurso extraordinário. O mesmo vale para os tribunais regionais federais, ver artigo 1036, § 1 e 1037, inciso II. Comparar com artigo 1040, III, todos do novo código de processo civil.

Aqui deve ser observado: no controle difuso, o juiz declara a lei inconstitucional. Na verdade, ele nega os efeitos da lei para o caso concreto. Ou seja: ele não

nulifica a lei, mas apenas nega a sua execução. Em um outro caso, outro juiz pode entender o contrário. Isso causa incerteza e insegurança jurídica.

Por fim, pelo artigo 27 da lei 9.868, 1999, e pelo artigo 11 da lei 9.882, 1999 (eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado) o Brasil adotou a nulificabilidade como exceção, sendo a regra a nulidade. Na Alemanha, inicialmente a regra era (é) a nulidade, ver § 31 da leis sobre o TCF. Nos anos sessenta e exceção passou a ser a nulificabilidade que hoje, pode-se dizer, é a regra. Na América do Norte a regra é a nulidade e a exceção a nulificabilidade (ver, para o último, Pamela J. Stephens, A nova doutrina da retroatividade. Igualdade, confiança e stare decisis. Sergio Antonio Fabris Editor).

- XI: art. 128, § 1º e 2º

O inciso trata da destituição do procurador-geral da república.

- XII, XIII

Esses incisos dizem respeito à autonomia administrativa do senado.

- XIV: art. 89, VII

Aqui se trata da eleição dos membros do conselho da república.

- XV

Nesse inciso a CF deu uma tarefa de avaliação periódica para o senado: da funcionalidade do sistema tributário nacional e do desempenho das administrações tributárias do entes da federação.