

## PARECER – QUESTÃO 3

Trata-se de análise dos recursos interpostos na fase de padrão de respostas das questões discursivas (P2 Questão 3) do concurso em epígrafe.

Realizada a leitura atenciosa de todas as alegações e todos os respectivos fundamentos apresentados nos recursos interpostos pelos candidatos no certame, passa-se a emitir o seguinte parecer:

### **1 OBJETO DA ANÁLISE**

Excelentíssimos Desembargadores, Membros da Comissão de Concurso e Comissão Examinadora do TJBA. Em atenção aos recursos interpostos na fase de padrão de respostas das questões discursivas do concurso em epígrafe, passo a analisar e emitir o seguinte parecer.

Cuida o presente parecer de analisar as observações e os argumentos trazidos nos recursos pelos senhores candidatos, com o fim de verificar a necessidade de alterações ao modelo-padrão de respostas, elaborado antes da aplicação das provas e que deve ser seguido para a correção das provas discursivas. Nesse sentido, busca-se sopesar as alegações e analisar a viabilidade de se atender ao fundamento dos requerimentos, em confronto aos ensinamentos da doutrina e dos normativos utilizados para embasar o padrão de respostas.

Preliminarmente, cumpre assinalar que, em regra, os recursos são elaborados por candidatos que pretendem incluir no padrão de respostas elementos, reflexões ou interpretações que se coadunem com o texto elaborado no dia da prova discursiva, com o fim de tornar adequada e legítima sua própria argumentação ali esposada.

Neste particular, não competem aos candidatos questionar quanto à discricionariedade e à independência dos Membros da Comissão de Concurso e Comissão Examinadora para tentar fazer ingerência no conteúdo exigido – devidamente previsto no edital – ou mesmo nas pontuações atribuídas a cada quesito, nos estritos termos do Edital do Nº 1 – TJBA – de 26 de setembro de 2018.

Por esses motivos, os recursos que questionam sobre o conteúdo exigido ou sobre o valor atribuído a cada quesito da questão mostram-se desarrazoados e não observam a independência da Banca Examinadora.

### **2 CONSIDERAÇÕES GERAIS RELEVANTES**

A questão estava assim redigida:

*Câmara municipal localizada em determinado estado federado aprovou projeto de lei que determinava aos cartórios do município o condicionamento da alteração de prenome constante no registro civil de pessoas autoidentificadas como transgêneros à comprovação de prévia realização de cirurgia de transgenitalização. No entanto, no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) ajuizada pela*

*entidade legitimada — a Associação de Transgêneros Brasileiros (ATB) —, o STF concedeu medida liminar para suspender a vigência da referida lei municipal. Passados dois meses da publicação da decisão de concessão dessa medida, o STF recebeu reclamação constitucional ajuizada também pela ATB, em busca de estender os efeitos da liminar concedida na ADPF contra outra lei, esta aprovada pela câmara legislativa do mesmo estado, de idêntico conteúdo da anterior lei municipal: determinava que a alteração de registro civil de transgêneros fosse condicionada à comprovação da realização de cirurgia de transgenitalização, estendendo-se essa ordem a todos os cartórios localizados no território daquele estado.*

*À luz das disposições constitucionais, da doutrina e do entendimento do STF, redija um texto abordando os seguintes aspectos, relativos à situação hipotética apresentada:*

*1) a constitucionalidade da atuação do Poder Legislativo estadual na formulação de nova legislação de conteúdo idêntico ao da legislação municipal suspensa após o deferimento da medida liminar pelo STF no âmbito de ADPF e o cabimento da reclamação constitucional proposta pela ATB; [valor: 1,10 ponto]*

*2) a constitucionalidade, formal e material, das referidas leis municipal e estadual. [valor: 1,30 ponto]*

Os recursos apresentados da questão estão centrados nos seguintes argumentos: **1)** a ocorrência de inconstitucionalidade formal por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, com base no inciso I do art. 22 da Constituição Federal de 1988 (a grande maioria dos recursos versa sobre esse ponto); **2)** a atribuição de pontuação integral ao quesito 2.1 aos candidatos que fundamentaram a resposta no chamado efeito *backlash* (reação do Poder Legislativo); inviabilidade da “fossilização da constituição” e na não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo STF (como justificativa para a negativa de seguimento à reclamação) ou a sua adoção para aqueles que defendem o seu cabimento; **3)** o cabimento da reclamação constitucional em virtude da aplicação do inciso III do art. 988 do Novo Código de Processo Civil, e **4)** a defesa de que a lei estadual já nasceu sob a presunção de inconstitucionalidade em virtude do julgamento do STF na ADI 4.275.

Com o objetivo de tratar objetivamente e em atenção aos detalhes que cercam os argumentos apresentados nos recursos dos candidatos, o presente parecer passará a avaliar cada um dos pontos nos tópicos seguintes:

### **1 - Ocorrência de inconstitucionalidade formal por violação ao inciso I do art. 22 da Constituição**

Assiste razão parcial aos recursos que pedem a atribuição de pontuação aos candidatos que fundamentaram a inconstitucionalidade discutida na hipótese com base na violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, de acordo com o inciso I do art. 22 da CF, que diz o seguinte:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

*(...)*

*XXV - registros públicos;*

De fato, o argumento de que a inconstitucionalidade formal no caso discutido na questão pode ser referenciada tanto na ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil quanto sobre registros públicos tem pertinência. Embora a hipótese trate especificamente de lei que regula a atuação dos cartórios no registro de nome de transgêneros independentemente da comprovação da realização de cirurgia de transgenitalização, o que induz a competência privativa da União, não se pode rejeitar a correção da posição daqueles que fundamentaram a inconstitucionalidade formal com base no inciso I do art. 22, pois a alteração do nome diz respeito ao direito fundamental à personalidade, disciplinado pelo direito civil. O que não exclui a adequação das respostas que designaram apenas o inciso XXV do art. 22 ou mesmo indicaram os dois incisos como motivação da inconstitucionalidade formal.

Assim, justifica-se a inserção no padrão da resposta da questão 3 a menção ao inciso I do art. 22, admitindo-se corretas as respostas que assim o fizeram tal qual a referência ao inciso XXV ou, ainda, aos dois dispositivos como fundamento da resposta ao quesito.

**Pelo exposto, opina-se pelo deferimento dos pontos destacados dos recursos quanto ao Tópico, na forma identificada no padrão de respostas.**

## **2 - O efeito *backlash* (reação do Poder Legislativo), a inviabilidade da “fossilização da constituição” e a teoria da transcendência dos motivos determinantes na jurisprudência do STF**

Parte significativa dos recursos versaram sobre o chamado efeito *backlash* como fundamento para a rejeição da viabilidade da reclamação constitucional contra a nova lei que repetia as disposições de lei municipal anterior sobre a alteração do registro de que cuidou o caso hipotético da questão. Contudo, embora o argumento dos recorrentes faça sentido, não seria razoável cobrar a menção expressa do termo “efeito *backlash*” para a atribuição da pontuação correspondente ao quesito.

Registre-se que o núcleo da cobrança diz respeito à constitucionalidade ou não da atuação do legislador (*a constitucionalidade da atuação do Poder Legislativo estadual na formulação de nova legislação de conteúdo idêntico ao da legislação municipal suspensa após o deferimento da medida liminar pelo STF no âmbito de ADPF*), e não à identificação precisa de uma categoria doutrinária correspondente que possa justificar a resposta, o que seria demasiadamente restritivo numa questão discursiva como a aqui tratada, e que daria margem, sem dúvidas, a uma série de recursos por parte dos candidatos que não fizeram referência precisa ao chamado “efeito *backlash*”. Ademais, o padrão indica justificadamente o fundamento para a impossibilidade da extensão do efeito vinculante da liminar na ADPF ao legislador estadual, que consiste na motivação da resposta tal qual entendimento doutrinário e jurisprudencial expressamente referenciados:

Contudo, é imperioso registrar que o alcance do efeito vinculante dos provimentos do STF — ainda que em sede de controle concentrado de constitucionalidade — não alcança a atividade legislativa, como entende a doutrina:

Ao contrário da prática de outros países, a configuração do efeito vinculante no plano institucional brasileiro excluiu a função típica do Poder Legislativo do dever de observância obrigatória às razões de decidir expostas pelo STF, seja por meio das decisões em controle abstrato ou da edição das súmulas. Resulta desse entendimento o fato de que tanto o Congresso Nacional quanto as Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores podem aprovar leis e atos normativos com conteúdo contrário ao exposto pelo STF nos julgamentos das ações diretas ou de súmula vinculante, nada impedindo a reiteração, em lei ou ato diverso, de norma com idêntico e literal teor ao declarado inconstitucional pelo Tribunal. Importa, contudo, observar que nem sempre a edição de novo ato legislativo com idêntico conteúdo importará em inconstitucionalidade flagrante. É o caso, por exemplo, das hipóteses em que o STF tenha declarado inconstitucional uma lei A incompatível com determinado artigo da Constituição, e, em seguida este artigo tenha sido alterado por força de Emenda Constitucional, cuja interpretação abriga como compatível uma lei B aprovada posteriormente, com idêntico teor material ao da lei A.

Também os casos de declaração de inconstitucionalidade formal, cujo vício não tenha se repetido em processo legislativo instaurado após a decisão da Corte, e que culminem na produção de lei ou ato idêntico, servem para exemplificar a possibilidade de edição de norma de igual conteúdo à declarada incompatível com a Lei Maior, sem incorrer necessariamente em nova inconstitucionalidade. Talvez o sentido de excluir o Poder Legislativo do efeito vinculante das decisões, conforme reconhecido pelo próprio Supremo, esteja relacionado à concepção de que a manutenção do regime democrático rejeita a ideia de qualquer imposição ao legislador que não seja decorrência direta do texto da Constituição. (Alexandre Carvalho. Efeito vinculante e concentração da jurisdição constitucional. Brasília: Consulex, 2012, p. 248.)

Esse é também o entendimento do STF:

Reclamação. Pretendida submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo STF, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Inadmissibilidade. Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. Inviabilidade de utilização, nesse contexto, do instrumento processual da reclamação como sucedâneo de recursos e ações judiciais em geral. Reclamação não conhecida. **O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF.** Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação. (Rcl n.º 5.442-MC, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 6/9/2007). Reclamação. Cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas. Hipóteses de cabimento hoje admitidas pela jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta de vinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta. (ADIn n.º 1.850-MC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/4/2001. **No mesmo sentido:** Rcl n.º 10.323-MC, Rel.ª Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJ 2/8/10.)

Por fim, a medida pretendida na reclamação visa obter a suspensão de vigência de lei editada pelo Poder Legislativo do estado, **que não figurou no polo passivo da ADPF ajuizada pela ATB**. Assim, conclui-se pelo não cabimento da reclamação ajuizada.

Assim, descabe acolher os recursos que pretendem a inclusão do chamado “efeito backlash” no padrão de respostas.

Igual é a razão para a negativa de acolhimento dos recursos que pretendem inserir o termo “fossilização da Constituição” no fundamento do padrão de respostas. A menção específica a tal categoria explicativa da possibilidade de atuação do legislador em sentido contrário ao definido por entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora adequada, não se mostra indispensável para a correção da resposta e tampouco merece ser valorada com pontuação extra em relação às respostas que não fizeram referência ao termo. Não se desconhece que tal categoria se ajusta à descrição da possibilidade de reação do legislador, cuja manifestação – inclusive contrária à da Corte, decorre do princípio democrático e de razões da política e não propriamente jurídicas, como a doutrina e a decisão acima reproduzidas destacam.

Quanto à menção à teoria da transcendência dos motivos determinantes, como fundamento para a afirmação de que a reclamação seria cabível ou o seu uso para justificar o descabimento, também não merece ser inserida no padrão de respostas. A primeira razão é a de que a referência não é necessária para o alcance da resposta correta. A segunda é que, como já exposto, nem o efeito vinculante das ações de controle abstrato alcança o legislador, então com maior razão não cabe discutir a aplicação da transcendência dos motivos determinantes das decisões aos projetos, às iniciativas e às novas leis editadas pelas Assembleias Legislativas. A terceira é que o próprio STF definiu ser inaplicável a teoria da transcendência dos motivos determinantes na jurisdição constitucional no Brasil, então invocá-la quando o enunciado sequer tratou da possibilidade não acrescenta valor à resposta. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGADA AFRONTA À AUTORIDADE DO DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.662-7/SP. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE O ATO RECLAMADO E OS PARADIGMAS INVOCADOS. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE. 1. À míngua de identidade material entre os paradigmas invocados e o acórdão reclamado, não há como divisar a alegada afronta à autoridade de decisão deste Supremo Tribunal Federal, mormente porque a exegese jurisprudencial conferida ao art. 102, I, “I”, da Magna Carta rechaça o cabimento de reclamação fundada na tese da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF. AgR na Rcl 22.470/MA, rel. min. Rosa Weber, DJE nº 282, divulgado em 06/12/2017)

Nesse sentido, devem ser rejeitados os recursos que pretendem a alteração do padrão com base nas alegações acima.

### **3 - O cabimento da reclamação constitucional em virtude da aplicação do inciso III do art. 988 do Novo Código de Processo Civil**

Alegam os recorrentes que a reclamação seria cabível por aplicação do inciso III do art. 988 do Novo Código de Processo Civil, que diz o seguinte:

*Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:  
(...)*

*III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

Pois bem, o caso tratado na hipótese da questão é distinto. Trata-se da discussão da viabilidade jurídica de reclamação contra nova lei editada por Assembleia Legislativa Estadual, de conteúdo idêntico a outra lei suspensa por liminar em ADPF, mas cuja constitucionalidade sequer foi discutida em ação autônoma de controle concentrado. Ou seja, no caso aqui tratado, não há a presença de elemento central a justificar a incidência da disposição do NCPC acima reproduzida: a *decisão do Supremo Tribunal Federal*. Seria cabível a reclamação caso as autoridades municipais, os cartórios ou os particulares aplicassem – em desacordo com a decisão do STF na ADPF, a lei municipal suspensa. Ou seja, desde que houvesse aderência entre o ato reclamado, com base em lei suspensa por juízo liminar de inconstitucionalidade, e a decisão do STF, cuja garantia de autoridade o Novo CPC e a Constituição buscam preservar. Nesse sentido:

(...) **3. A aderência estrita entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia erga omnes apontada pelo reclamante é requisito para a admissibilidade da reclamação constitucional. Precedentes: Rcl 22.608-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22/04/2016; Rcl 21.559-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 01/09/2017.** 4. In casu, restou consignado, no bojo do ARE nº 841.804, que a “coisa julgada se formou quando da inadmissão do primeiro recurso no Superior Tribunal de Justiça (em fevereiro de 2012), mantida nos atos recursais subsequentes, de modo a afastar a incidência de prescrição porque não decorrido lapso temporal de 8 anos desde o seu último marco interruptivo até o trânsito em julgado da decisão”, sendo certo que os subsequentes juízos negativos de admissibilidade recursal, realizados na origem, não obstam a formação da coisa julgada da decisão condenatória. **5. A reclamação é impassível de ser manejada como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, bem como é inadmissível a sua utilização em substituição a outras ações cabíveis.** 6. A prescrição é matéria de ordem pública, sendo evidente a possibilidade de se reconhecer, ex officio e a qualquer tempo, a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional, consoante reiterados julgamentos desta Corte (ARE 750.147-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1/7/2015; HC 91.431, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 12/2/2010). Entretanto, cumpre ressaltar que, in casu, eventual pedido de declaração de extinção de punibilidade deve ser analisado pelo Juízo executante da pena, o qual possui melhores subsídios para a análise do pleito. 7. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedente: Rcl 22.048-ED, Tribunal Pleno, DJe de 23/08/2016. 8. Agravo regimental desprovido. (Rcl 25733 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO; Relator(a): Min. LUIZ FUX; Julgamento: 17/09/2018; Órgão Julgador: Primeira Turma)

Nesse sentido, devem ser rejeitados os recursos que pretendem a alteração do padrão com base nas alegações acima.

#### **4 - A defesa de que a lei estadual já nasceu sob a presunção de inconstitucionalidade em virtude do julgamento do STF na ADI 4.275**

Alguns recursos levantam a tese de que a nova lei, editada pela Assembleia Legislativa Estadual, já nascera sob presunção de inconstitucionalidade em virtude da contrariedade do seu conteúdo ao decidido pelo STF na ADI 4.275/DF. Isso justificaria a viabilidade da reclamação e fundamentaria as respostas dos candidatos que afirmaram a existência de inconstitucionalidade material da nova lei, pois está em frontal desacordo com o entendimento do STF.

Contudo, não assiste razão aos recorrentes nesse ponto. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam, de modo uníssono, o princípio da presunção da constitucionalidade das leis. Esse é um fundamento que rege a atuação do legislador democrático ainda quando ele, por deliberada vontade, resolva legislar contra entendimento expresso do STF, em uma manifestação de reação às decisões da Corte. Sobre a presunção de constitucionalidade das leis vale destacar:

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37). Trata-se, naturalmente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade. Este, aliás, é o papel de uma presunção em Direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la.

Pois bem. Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. (BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343).

Nesse sentido, devem ser rejeitados os recursos que pretendem a alteração do padrão com base nas alegações acima.

## **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, em acurada análise dos recursos, acata-se parcialmente os argumentos apresentados no tópico 1 (inserção do inciso I do art. 22 da Constituição no padrão de respostas) e nega-se provimento aos demais recursos, por não serem aplicáveis ou não fundamentados.

Brasília, 07 de abril de 2019.

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho  
Examinador do CEBRASPE