

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

constitucional e administrativa

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

MARCELO NOVELINO

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

Lilian Rose Lemos Rocha
Marcelo Novelino
Gabriel R. Rozendo Pinto

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

Organizadores:

Davi Beltrão de Rossiter Corrêa
Maria Fernanda Campos Rossiter
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: prática processual constitucional e administrativa / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha ; Marcelo Novelino ; Gabriel R. Rozendo Pinto ; organizadores, Davi Beltrão de Rossiter ; Maria Fernanda Campos Rossiter ; Ricardo Victor Ferreira Bastos – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2018.
90 p.

ISBN 978-85-61990-84-8

1. Direito constitucional.2. Direito administrativo. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

APRESENTAÇÃO	04
DIÁLOGO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS AOS PARLAMENTARES FEDERAIS	06
<i>RODOLFO MOREIRA ALENCASTRO VEIGA</i>	
JULGAMENTO PELO SENADO FEDERAL SOBRE O AFASTAMENTO DE AÉCIO NEVES DECRETADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	20
<i>VICTOR LIMA DUQUE ESTRADA</i>	
SUPREMACIA JUDICIAL X SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: FACETAS DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	47
<i>GABRIELA ROSA COUTINHO</i>	
A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO UM INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DA NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL	66
<i>ELEONORA APARECIDA VASCONCELOS SANTANA</i>	
ACESSO À JUSTIÇA: A DEFENSORIA PÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	77
<i>ALANA LAÍS DA N. B. OLIVEIRA</i>	

APRESENTAÇÃO

No segundo semestre de 2017, recebi o honroso convite para ministrar aulas na pós-graduação do UNICEUB sobre “Prática Processual Constitucional e Administrativa”, disciplina que tem por objetivo precípuo analisar o papel do Poder Judiciário como garantidor da supremacia constitucional, sobretudo, no exercício do controle de constitucionalidade.

Ao final do curso, coube-me a árdua tarefa de selecionar alguns dos melhores trabalhos que me foram submetidos como requisito à obtenção do título de Especialista, os quais apresento a seguir.

Os dois primeiros artigos são voltados à análise do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de revisão, pelo Legislativo, de cautelares adotadas contra congressistas, quando tais medidas afetam, direta ou indiretamente, o exercício da atividade parlamentar.

O primeiro, elaborado por Rodolfo Moreira Alencastro Veiga, tem como foco a análise da legitimidade da imposição de tais restrições à luz do diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

O segundo, escrito por Victor Lima Duque Estrada, caracteriza-se por uma abordagem eminentemente descritiva, pautada nos votos prolatados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF, na qual questionada a possibilidade de aplicação das medidas cautelares penais previstas nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal a membros do Poder Legislativo, bem como, em caso positivo, a necessidade de se submeter tais decisões ao Congresso Nacional.

O terceiro artigo, de autoria de Gabriela Rosa Coutinho, traz reflexões acerca das transformações ocorridas no constitucionalismo pátrio, a fim de analisar se a preponderância do controle concentrado tem contribuído para conferir maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, assim como para o fortalecimento da democracia brasileira.

No quarto trabalho, Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana aborda “a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como um instrumento de mitigação da teoria clássica da nulidade da norma inconstitucional”, com o intuito de sustentar a consagração, no ordenamento jurídico brasileiro, de um modelo híbrido no tocante à natureza do ato inconstitucional. Após discorrer sobre as principais diferenças entre as teorias da nulidade e da anulabilidade do ato inconstitucional, a autora busca demonstrar como a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, revela-se autêntico instrumento de mitigação do princípio da nulidade, tradicionalmente adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

No último artigo selecionado, Alana Laís da N. B. Oliveira defende a necessidade de uma reforma constitucional com o intuito de incluir o Defensor Público-Geral União no rol de legitimados do artigo 103 da Constituição da República. Tal medida, em sua visão, revela-se importante para a otimização da defesa dos hipossuficientes, bem como para o aprimoramento e uniformização do sistema de atendimento ao público carente.

Espero que os trabalhos possam contribuir para a reflexão e raciocínio crítico dos leitores.

Brasília, dezembro de 2017.

Marcelo Novelino

Doutor em Direito Público pela UERJ. Procurador Federal. Ex-Assessor de Ministro do STF. Professor de Direito Constitucional do G7 Jurídico e da pós-graduação em Direito do UNICEUB.

DIÁLOGO ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: MEDIDAS CAUTELARES PENAIS AOS PARLAMENTARES FEDERAIS

Rodolfo Moreira Alencastro Veiga¹

Resumo

O presente trabalho tem como tema o diálogo entre os poderes legislativo e judiciário. O estudo é desenvolvido ante a análise do princípio da separação dos poderes, a independência e harmonia entre os mencionados poderes. A partir da pesquisa constitucional, doutrinária e jurisprudencial sobre os mencionados institutos, examina-se, sob o enfoque crítico, a possibilidade de o poder judiciário impor aos parlamentares federais medidas cautelares penais, considerando, sobretudo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Harmonia entre legislativo e judiciário. Aplicação das medidas cautelares penais aos congressistas.

Abstract

The following article aims the study of the dialogue between legislative and judiciary branches. The present study is developed under the analysis of the principle of separations of powers, independence and harmony between these powers. In constitutional, doctrinal and jurisprudential research on those institutes, analyzed under the critical focus, the possibility of the judiciary to impose precautionary measures to federal parliamentarians, considering, mainly, the interpretative basis adopted at the Supreme Court.

Keywords: Separation of powers. Harmony between legislative and judiciary. Application of precautionary measures to congressmen.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogado especialista em direito penal e processo penal pela Universidade Candido Mendes. Pós-Graduando em direito e prática nos tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Membro da Comissão de Assuntos Legislativos na OAB/DF. Titular da Alencastro Veiga Advocacia.

A temática abordada no presente trabalho corresponde a objeto de direito constitucional e processual, cujo estudo será desenvolvido a partir da conceituação e análise do princípio da separação dos poderes, das prerrogativas parlamentares, da aplicação das medidas cautelares penais e o diálogo entre os poderes legislativo e judiciário.

Visando a compreensão efetiva do assunto, a pesquisa parte da reflexão do sistema de freios e contrapesos que caracterizam a independência e harmonia dos órgãos constitucionalmente relevantes, bem como sua concepção doutrinária, adentrando às implicações trazidas pela Constituição da República de 1988, de modo a analisar, por fim, a interpretação recém adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Com efeito, a relevância e pertinência do assunto foram reafirmadas com o recente posicionamento da maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu, por adstrita maioria, a forma de aplicação das medidas cautelares penais aos congressistas, interpretando as inovações trazidas pela Lei Federal nº 12.403/2011 conforme a Constituição da República.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes é objeto de reflexão constatada desde a Grécia Antiga, registrada, inclusive, por Aristóteles (384 – 322 a.C.), quem verificou a existência de três poderes essenciais a toda forma de governo: deliberativo, executivo e judiciário².

Muito embora John Locke e Rousseau tenham contribuído de modo relevante com a doutrina da separação de poderes, à Montesquieu, já no século XVIII, coube desenvolver e difundir o conceito de tripartição de poderes como ainda hoje é conhecido, asseverando, para tanto, que “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e

² ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127.

o Executivo das que dependem do Direito Civil”³. “A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado”⁴.

Destarte, segundo Montesquieu, se o poder legislativo for exercido pelo mesmo representante do poder executivo, haverá a possibilidade de se fazer leis “[...] tirânicas para executá-las tiranicamente”⁵.

De igual modo, o poder judiciário deve ser dissociado do legislativo e do executivo, razão pela qual se o primeiro se confundir com o segundo, “[...] o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador”⁶. Lado outro, se o judiciário tiver junto com o executivo, “[...] o Juiz poderia ter a força de um opressor”⁷.

Afinal, “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes e as demanda dos particulares”⁸.

Observa-se, portanto, que a divisão de poderes “É mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal”⁹.

Sob outra perspectiva, conforme Aristóteles, a separação de poderes integra a própria definição de Constituição, para quem representa “[...] a ordem ou

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 164.

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 165.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 142.

distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”¹⁰.

Não é por acaso que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preceitua, em seu artigo 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ressalta-se, por oportuno, que a divisão de poderes é uma questão atinente ao exercício de competência dos órgãos de soberania, de modo que não coloca em crise a unidade do Estado¹¹, motivo pelo qual não se pode confundir a distinção de funções do poder com separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária¹², afinal, “O poder não se divide, as funções provenientes do poder sim”¹³.

Sobre o tema, José Afonso da Silva assevera, com propriedade, que:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes¹⁴.

Por fim, não se pode olvidar que a separação dos poderes é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III, da Constituição da República, cujo núcleo essencial revela-se, por tal razão, irredutível.

¹⁰ ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 149.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 579.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 145.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108.

Fixadas tais premissas, visto que os poderes encontram-se separados por uma questão de especialização formal e independência orgânica¹⁵, verificaremos o modo em que o poder legislativo e o judiciário dialogam, conforme os preceitos instituídos pela atual Constituição da República.

3 HARMONIA ENTRE OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

No mesmo dispositivo constitucional que prevê a divisão de poderes consta, também, importante forma de relação entre eles, os quais devem ser não somente independentes, mas “harmônicos entre si”, conforme disposto do artigo 2º da Constituição Federal.

Primeiramente, quanto à independência dos poderes, três são suas principais características: (i) a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos de governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (ii) no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não necessitam da consulta nem autorização dos outros poderes e, por fim, (iii) na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais¹⁶.

Outrossim, nesse tocante, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal asseverou que:

O princípio constitucional da separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da Constituição República, revela-se incompatível com arranjos institucionais que comprometam a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, predicados necessários à garantia da justiça e do Estado de Democrático de Direito¹⁷.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 109.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 110.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5316 MC/DF*. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux. Brasília, 21 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058651>>. Acesso em: 10 maio 2017.

Em suma, a independência entre os poderes é ancorada “[...] na acepção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros. Este o ponto de equilíbrio, a linha fronteira”¹⁸.

De outro lado, a harmonia é verificada, primariamente, pelo dever no tratamento cortês entre os poderes e o respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito¹⁹. Todavia, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder, nem sua independência são absolutas²⁰.

Montesquieu registrou que “[...] é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites”, concluindo que “Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”²¹.

“Nesse contexto se deve compreender também a ideia de freios e contrapesos, *check and balances*, separação e interdependência, tradicionalmente associadas ao princípio de separação de poderes”²², “a fim de impedir um superpoder, com a consequente possibilidade de abusos e desvios”²³.

Desta forma, na independência harmoniosa que rege o princípio da separação dos poderes, as imunidades parlamentares são institutos de suma importância, por buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas funções, contra abusos e pressões dos demais poderes²⁴, motivo pelo qual a Constituição da República de 1988 restituiu aos congressistas suas prerrogativas básicas, “[...] especialmente a inviolabilidade e a imunidade, mantendo-se o

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 145.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110.

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 163.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 579.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 556.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1075.

privilégio de foro e a isenção do serviço militar e acrescentou a limitação ao dever de testemunhar, em termos que veremos.”²⁵.

Assim, o conjunto de regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares constituem um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do poder legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários, afastando-se, desse modo, a possibilidade de vulnerabilidade frente às pressões dos outros poderes do Estado, imprescindíveis, pois, à prática da democracia²⁶.

Não é por outro motivo que mesmo competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional, cabe à Casa respectiva deliberar sobre a suspensão do andamento processual, bem como resolver sobre a prisão, nos termos dos artigos 53, §§ 2º e 3º, e 102, I, b, da Constituição da República.

Por fim, não se pode olvidar que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual “[...] fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais”²⁷.

Com efeito, esses são apenas alguns exemplos do mecanismo de freios e contrapesos, corolário da harmonia pela qual devem conviver os poderes legislativo e judiciário, de modo que não pretendemos esgotar as várias formas de diálogo entre eles, razão pela qual, para a devida delimitação do tema, nos concentraremos às prerrogativas dos congressistas e a aplicação das medidas cautelares penais.

4 PRERROGATIVAS DOS CONGRESSISTAS E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 535.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1075.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 430.

Antes de especificar o estatuto dos congressistas, importante ressaltar que as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do executivo ou do judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais²⁸.

Ou seja, “tais garantias e imunidades, entretanto, não devem ser vistas como regalias ou privilégios dados aos deputados e senadores, vez que se referem à instituição ‘Poder Legislativo’ e, não, à pessoa do congressista [...]”²⁹.

O estatuto dos congressistas é formado pelo conjunto de normas que instituem as prerrogativas e proibições aos parlamentares, assim previstas pela Constituição da República³⁰: imunidades materiais (artigo 53, *caput*); imunidades formais (artigo 53, §§ 2º, 3º, 4º e 5º); prerrogativa de foro (artigo 53, § 1º); prerrogativa de serviço militar (artigos 53, § 7º, e 143); prerrogativa de vencimento (artigo 49, VII); prerrogativa de limitação ao dever de testemunhar (artigo 53, § 7º); e, por fim, as incompatibilidades (artigo 54)³¹.

Não se pode olvidar que o estatuto dos congressistas tem o escopo de garantir aos parlamentares, “[...] no exercício do mandato ou em função dele, plena liberdade e, dessa forma, tem a importante missão de preservar a instituição Poder Legislativo, os princípios da separação dos poderes e da soberania popular e, portanto, a própria democracia”³².

Especificamente quanto à prisão, conforme mencionado, a Carta Magna dispõe, em seu artigo 53, § 2º, que os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, dentro do período que vai desde a sua diplomação até o encerramento definitivo de seu mandato, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que os

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1075-1076.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 556.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 915.

³¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1075.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1073.

autos devem ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre o tema.

Portanto, a prerrogativa protege o congressista desde a expedição do diploma – antes da posse – até o primeiro dia da legislatura seguinte³³, garantindo ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso sem autorização de sua Casa legislativa respectiva, abrangendo tanto a prisão penal, quanto a civil³⁴.

Alexandre de Moraes vai além e assevera que a mencionada imunidade formal se aplica também à prisão decorrente de sentença criminal condenatória transitada em julgado, fundamentando, para tanto, que a Constituição Federal não restringe a garantia somente às prisões processuais, excetuando somente a hipótese de prisão em flagrante por crime inafiançável³⁵.

Seguindo esse raciocínio, o mencionado autor argumenta que o legislador constituinte limitou a possibilidade de prisão também do Presidente da República, mas, nessa hipótese, diferentemente dos parlamentares, autorizou, expressamente, a prisão após a decisão de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 86, § 3º, da Constituição Federal³⁶.

Todavia, em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a prisão de congressista decorrente de sentença judicial transitada em julgado, *in verbis*:

INQUERITO - CRIME CONTRA A HONRA - SENADOR DA REPUBLICA - IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - ASPECTOS DO INSTITUTO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR - INVIOLABILIDADE E IMPROCESSABILIDADE - "FREEDOM FROM ARREST" - DISCURSO PARLAMENTAR - IRRELEVÂNCIA DO LOCAL EM QUE PROFERIDO - INCIDENCIA DA TUTELA

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 916.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1088.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1088.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1088.

CONSTITUCIONAL - PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - IRRECUSABILIDADE - MONOPOLIO CONSTITUCIONAL DA AÇÃO PENAL PÚBLICA - INQUERITO ARQUIVADO. - O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar "ratione muneris", em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição.

- O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagrar a inviolabilidade dos membros do congresso Nacional, por suas opiniões, palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), a gerar, de um lado, a improcessabilidade dos parlamentares, que só poderão ser submetidos a procedimentos penais acusatórios mediante previa licença de suas Casas, e, de outro, o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (freedom from arrest), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável. - Dentro do contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal não obsta, observado o "due process of law", a execução de penas privativas da liberdade definitivamente impostas ao membro do Congresso Nacional. Precedentes: RTJ 70/607. - A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual. São passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática seja imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito, parlamentar ou extraparlamentar, dessa atuação, desde que exercida ratione muneris. - O monopólio da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao Ministério Público. Trata-se de função institucional que lhe foi deferida,

com exclusividade, pela Constituição Federal de 1988. E incontestável o poder jurídico-processual do Chefe do Ministério Público que requer, na condição de "dominus litis", o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peca de informação. Inexistindo, a critério do Procurador-Geral elementos que justifiquem o oferecimento de denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da "opinio delicti", contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Chefe do Ministério Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal³⁷.

Fixadas tais premissas, há que se analisar a possibilidade de aplicação aos parlamentares o conteúdo da Lei Federal n. 12.403, de 4 de maio de 2011, que passou a dispor de uma série de medidas cautelares, além da prisão processual – preventiva, temporária e em flagrante –, criando, ao processo penal, uma polimorfologia cautelar, rompendo com o antigo sistema bimorfo, compreendido como prisão-liberdade até então vigente³⁸.

Dessa forma, compete ao Poder Judiciário, por autoridade própria, aplicar as cautelares penais diversas da prisão aos congressistas, ou a imunidade formal prevista no artigo 53, § 2º, da Constituição da República, se estenderia também a tais medidas?

Em outubro de 2017, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação direta de Inconstitucionalidade 5.526, decidiu, com a diferença de apenas um voto, pela possibilidade de o Poder Judiciário aplicar medidas cautelares penais aos parlamentares, condicionada ao encaminhamento à Casa Legislativa respectiva sempre que a execução da medida impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício do mandato, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, conforme a seguinte ata de julgamento, *litteris*:

Inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. *Inq510 DF*. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de fevereiro de 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752262/inquerito-inq-510-df>>. Acesso em: 10 maio 2017.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 125.

no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Falaram: pelo requerente Partido Progressista – PP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo Senado Federal, o Dr. Hugo Souto Kalil, Advogado do Senado Federal; pela Câmara dos Deputados, o Dr. Evandro Gussi; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dr^a. Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.10.2017³⁹

O acórdão a que se refere o julgamento supramencionado ainda não foi disponibilizado, cuja redação caberá ao ministro Alexandre de Moraes, para quem, ressalvadas as limitadas hipóteses de imunidade material, os congressistas

[...] estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em razão do princípio da igualdade, tendo de responder como estes por seus atos criminosos, mas, no interesse público, convém que eles não seja, afastados ou subtraídos de suas funções legiferantes por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados de adversários políticos, ou governo arbitrário. [...]. Deve ser lembrada, por fim, a finalidade dessa garantia do Poder Legislativo, qual seja, impedir que o parlamentar, enquanto no exercício de seu mandato, seja preso – cautelar ou definitivamente – sem autorização de sua Casa respectiva, evitando-se perseguições políticas dos demais Poderes e a possibilidade desses imporem ausências de congressistas em deliberações e votações importantes⁴⁰.

Afinal, pelo que consta da mencionada ata de audiência, podemos observar que o Supremo Tribunal Federal, embora entenda que compete ao poder judiciário a aplicação de medidas cautelares de natureza processual penal, definiu que sempre que elas restringirem o exercício do mandato parlamentar, que é conferido pelo povo, os autos devem ser remetidos à Casa legislativa respectiva, para que resolva sobre a sua manutenção, ou não, conclusão derivada da interpretação da Lei Federal

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5526/DF. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgj/documentos/adi-5526.pdf/view>>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1087-1088.

n. 12.403/2011 conforme a Constituição Federal, considerando, sobretudo, o artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, em homenagem ao princípio da separação dos poderes e sua indispensável independência e harmonia, basilares do Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, considerando o princípio da separação dos poderes, bem como a indissociável independência e harmonia pelas quais devem os órgãos constitucionais se relacionarem, é necessária extrema prudência quando se trata de limitação à prerrogativa parlamentar, uma vez que estes possuem representatividade popular.

Desta forma, há que se considerar que o texto constitucional proíbe, expressamente, a prisão dos membros do Congresso Nacional, desde a expedição do diploma, excepcionada ao caso de flagrante de crime inafiançável, caso em que os autos devem ser remetidos à Casa legislativa respectiva para que, pela maioria de seus membros, seja resolvida a questão.

Ressalta-se que a mencionada imunidade formal existe para que o parlamentar exerça suas funções legiferantes e fiscalizadoras com plenitude, evitando perseguições políticas ou arbitrariedades originadas dos demais poderes constitucionais, resguardando, assim, a representatividade dada ao congressista, protegendo a independência e liberdade que o desempenho do cargo exige.

Assim, como a prerrogativa que limita a prisão do parlamentar no exercício do mandato é pretérita à legislação que introduziu as diversas medidas cautelares penais ao ordenamento jurídico brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal coube interpretá-la, à luz da Constituição da República, decidindo, em adstrita maioria, pela competência do poder judiciário em aplicá-las aos congressistas, condicionada, todavia, ao envio dos autos à respectiva Casa legislativa, quando a medida puder interferir, direta ou indiretamente, no exercício regular do mandato parlamentar, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal.

A mencionada decisão prestigia o primado da separação, independência e harmonia dos poderes constitucionais, basilar do Estado Democrático de Direito, conforme dispõem os princípios fundamentais descritos nos artigos 1º e 2º da Constituição da República, imprescindíveis à prática da democracia.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 149.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5526/DF*. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/adi-5526.pdf/view>>. Acesso em: 10 maio 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. *Inq.510 DF*. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de fevereiro de 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752262/inquerito-inq-510-df>>. Acesso em: 10 maio 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5316 MC/DF*. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Luiz Fux. Brasília, 21 de maio de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058651>>. Acesso em: 10 maio 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JULGAMENTO PELO SENADO SOBRE O AFASTAMENTO DECRETADO PELO FEDERAL DE AÉCIO NEVES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Victor Lima Duque Estrada¹

Resumo

Estudo com o objetivo de demonstrar uma análise sobre o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Inconstitucionalidade 5526, conhecido como o julgamento da ADI sobre afastamento de parlamentares, onde o STF analisou pedido dos partidos PP (Partido Progressista), PSC (Partido Social Cristão) e SC (Solidariedade), que questionavam a aplicação de medidas cautelares penais previstas nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal contra detentores de mandatos eletivos, no caso em concreto as medidas cautelares que foram aplicadas contra o senador Aécio Neves da Cunha (PSDB-MG) após o mesmo ser denunciado pelo ex-Procurador da República Rodrigo Janot, com base na delação dos irmãos Joesley e Wesley Batista, onde uma gravação do senador requisitando ao empresário R\$ 2 milhões com a finalidade de pagar sua defesa na Operação Lava Jato. Exposição dos principais argumentos e fundamentações utilizadas no julgamento da ADI pelos ministros do STF, colocando em contraposição as ponderações e entendimentos legais dos votos vencedores e votos vencidos, identificando assim os principais embasamentos teóricos e interpretativos que serviram de fundamentação para os votos dos ministros apresentados em sequência. Exame de dois outros casos fáticos similares, o afastamento e prisão preventiva do ex-senador Delcídio do Amaral e o afastamento da presidência da Câmara e do cargo de deputado federal de Eduardo Cosentino da Cunha, ambos afastamentos fundamentados na aplicação das medidas cautelares pela ameaça que a liberdade dos suspeitos representava para as investigações criminais e processuais, juntamente com robusta materialidade por provas do crime e indícios suficientes de autoria.

Palavras Chave: da Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 5526. Supremo Tribunal Federal (STF), Aécio Neves.

Abstract

Study with the objective of demonstrating a analysis over the judgment by the Brazilian Supreme Court in the Direct Aaction of Unconstitutionality 5526, know as the judgment of “ADI” about the parliamentary suspension, where the Supreme

¹ Graduado em Direito pelo UniCEUB (DF), aluno da pós-graduação em Direito Penal e Controle Social pelo UniCEUB (DF). Endereço: SHIN QL 09, Conjunto 07, casa 17. CEP: 71515275 – DF – Brasil. Advogado

Court analysed the request made by the parties “PP” (Progressive party), “PSC” (Social Christian party) and “SC” (Solidarity party), they questioned the applicability of penal precautionary measures provided for in articles 312 and 319 of the Code of Criminal Procedure against parliament members, in the factual case the penal precautionary measures were applied against the senator Aécio Neves da Cunha (PSDB-MG) after him being accused by the Batista brothers, Joesley and Wesley, where one recording of the senator making a request of R\$ 2 millions to Joesley with the objective of paying his defence in the Operation Car Wash. Exposition of the most important arguments and foundations utilized in the judgement of the ADI by the Supreme Court ministers, placing in contraposition the legal weighing and understanding that compose the winning votes and losing votes, identifying the preponderant theoretical and interpretive foundations of the ministers votes in sequence. Exam of two similar factual cases, the suspension and precautionary arrest of the ex-senator Delcídio do Amaral and the suspension of Eduardo Cosentino da Cunha from the presidency of the Chamber of Deputies, both suspensions were based on the application of the precautionary measures taken because of the danger that the suspects freedom presented towards the criminal and processual investigations, with the robust materiality of crimes evidence and sufficient indication of authorship.

Keywords: ADI 5526. Brazilian Supreme Court (STF). Aécio Neves.

1 INTRODUÇÃO

Na tarde de 26 de setembro de 2017, no julgamento de agravo na Ação Cautelar (AC) 4327, a 1ª Turma do STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu pelo afastamento do senador Aécio Neves do Partido da Social Democracia Brasileira do Estado de Minas Gerais (PSDB-MG) de seu mandato, juntamente com seu recolhimento obrigatório noturno (devendo o congressista ficar em casa durante a noite e não se ausentar do país). Aécio estaria proibido também, em decorrência desta decisão, de manter contato com outros investigados no mesmo processo, sua irmã Andrea Neves, seu primo Frederico Pacheco e o assessor parlamentar Mendherson Souza Lima.²

Com denúncia entregue em 2 de junho de 2017, Aécio Neves foi acusado ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot pelo perante o STF por corrupção passiva e tentativa de obstrução à justiça, sendo esta última é baseada em uma

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Primeira Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo.* 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>>. Acesso em: 11 out. 2017.

suposta tentativa do acusado de barrar a operação Lava Jato (conjunto de investigações coordenadas pela Polícia Federal). Janot, por meio da ação penal, pediu a reparação de danos causados à Justiça brasileira e a consequente perda do cargo do senador. É narrado na denúncia que Aécio teria recebido R\$ 2 milhões do empresário da JBS, fato parcialmente confirmado pelo senador no pretexto que não houve irregularidade no pagamento, para articular sua defesa na operação Lava Jato. Janot, na denúncia enviada ao ministro do STF Edson Fachin, relator no processo da Lava Jato na Corte, argumentou pela configuração de “vantagem indevida”, nos repasses de dinheiro entre Aécio e Joesley Batista, onde este teria recebido contrapartidas pecuniárias em razão da função de parlamentar daquele, e pelo empenho do réu no crime de obstrução à Justiça, ao mencionar em gravação de conversa entre ele e Joesley uma suposta estratégia que direcionaria as os inquiridos da Lava Jato para delegados pré-selecionados. O ex-Procurador aponta também por uma atuação do acusado nos bastidores do Congresso Nacional para impedir o avanço das investigações e a punição de atores políticos, em uma tentativa do parlamentar de aprovar a “Lei da Anistia ao Caixa Dois” e a “Lei de Abuso de Autoridade. Nestes termos, os pedidos feitos na denúncia contra Aécio, os quais se resumem na perda do cargo do senador e reparação dos danos causados, elaborados pelo ex-Procurador Geral da República, foram postulados da seguinte forma:³

A denúncia oferecida no Inquérito 4506 pede a condenação de Aécio Neves por corrupção passiva e obstrução de justiça e dos outros acusados por corrupção passiva. O PGR também quer a condenação de Aécio Neves e Andrea Neves à reparação dos danos materiais no valor mínimo a título de propina no valor de R\$ 2 milhões, devendo ser destinado à União.

Também é pedida a condenação de Aécio Neves e Andrea Neves à reparação dos danos morais, decorrentes da corrupção, cujos prejuízos revelam-se difusos, no valor de R\$ 4 milhões. Para ele, Aécio Neves “ludibriou os cidadãos brasileiros e, sobretudo, seus eleitores, que o escolheu para o Senado e o confiaram mais de 51 milhões de votos nas eleições presidenciais. Não há dúvida, portanto, que o delito

³ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *PGR denuncia Aécio Neves por recebimento de propina e obstrução de justiça*. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-denuncia-acio-neves-por-recebimento-de-propina-e-obstrucao-de-justica>>. Acesso em: 11 out. 2017.

perpetrado causou abalo moral à coletividade, interesse este que não pode ficar sem reparação.

Neste sentido, de acordo com Janot, as condutas delituosas praticadas pelo parlamentar ferem gravemente o Estado democrático de direito, demonstrando assim a necessidade da condenação de Aécio por meio da perda de seu cargo e na devolução, juntamente com sua irmã, da quantia de R\$ 2 milhões recebidos do empreiteiro Joesley, assim como a reparação de danos morais no valor de R\$ 4 milhões:⁴

Desde 2016, pelo menos, até maio de 2017, Aécio Neves da Cunha, com vontade livre, consciente e voluntária, tentou impedir e embaraçar as investigações de infrações penais que envolvem a organização criminosa da 'Operação Lava Jato.

Aécio atuou intensamente nos 'bastidores' do Congresso Nacional no sentido de aprovar medidas legislativas para impedir ou embaraçar a apuração e a efetiva punição de infrações penais que envolvam a organização criminosa, tais como a lei da anistia do chamado caixa dois eleitoral, para inviabilizar qualquer investigação desses crimes, bem como o projeto de lei de abuso de autoridade, com notório viés retaliatório contra autoridades judiciais e agentes públicos de fiscalização e controle, visando a inibir as investigações e processos da Operação Lava Jato.

O primeiro pedido de prisão de Aécio foi feito por Janot, por meio da Ação Cautelar (AC) 4.327 (onde foi pedido a prisão preventiva decorrente de suposto flagrante por crime inafiançável)⁵, após a delação dos irmãos Joesley e Wesley Batista que entregaram uma gravação onde o senador pede ao empresário R\$ 2 milhões com a finalidade de pagar sua defesa na Operação Lava Jato. Em 18 de maio de 2017, esse pedido foi negado pelo ministro Edson Fachin (na ocasião relator do processo), mas, por meio de uma decisão liminar, o ministro determinou o afastamento de Aécio do

⁴ FRANÇA, Pedro. *Aécio Neves é denunciado ao STF por corrupção e tentativa de barrar Lava Jato*. 2017. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2017-06-02/aecio-neves.html>>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Ação 4.327*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/05/AC_4327.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

Senado, determinando a apreensão de seu passaporte e a proibição de ter contato com outros investigados.⁶

Contudo, na data de 30 de julho de 2017, o ministro Marco Aurélio Mello, que em 31 de maio de 2017 virou relator do processo, negou novo pedido de prisão do parlamentar reestabelecendo seu exercício no senado e afastou outras medidas restritivas aplicadas, como a de não ausentar-se do país, contra Aécio. A decisão foi tomada pelo ministro após agravos regimentais serem apresentados pelo acusado pedindo a reconsideração da decisão proferida na AC 4327 que determinou as medidas cautelares que afastaram o parlamentar de seu cargo. De acordo com Marco Aurélio, uma vez que o ministro Edson Fachin, na ocasião que decretou as medidas cautelares, não havia ainda aceito a denúncia contra o parlamentar, é incabível sem anterior processo-crime, afastar parlamentar, por meio de liminar, do exercício de seu mandato:⁷

É mais que hora de a Suprema Corte restabelecer o respeito à Constituição, preservando as garantias do mandato parlamentar. Sejam quais forem as denúncias contra o senador mineiro, não cabe ao STF, por seu plenário e, muito menos, por ordem monocrática, afastar um parlamentar do exercício do mandato. Trata-se de perigosíssima criação jurisprudencial, que afeta de forma significativa o equilíbrio e a independência dos Três Poderes. Mandato parlamentar é coisa séria e não se mexe, impunemente, em suas prerrogativas.

Em resposta à denúncia de junho, apreciadas novas acusações que Aécio usava o poder de seu cargo como parlamentar para interferir nas investigações da operação Lava Jato, a primeira turma do STF decidiu, no dia 26 de setembro de 2017, no julgamento de agravo da AC 4.327, por unanimidade, negar pedido de prisão cautelar do parlamentar (de acordo com os ministros não foi configurada a ocorrência do flagrante de crime inafiançável, ou seja, a única hipótese prevista na

⁶ BOMFIM, Camila. *Fachin manda afastar Aécio das funções de senador*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-manda-afastar-aecio-neves-do-mandato-de-senador.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro determina retorno de Aécio Neves ao exercício das funções de senador*. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351>>. Acesso em: 11 out. 2017.

Constituição Federal possível de prender um parlamentar antes de uma eventual condenação), contudo, por 3 votos a 2, a turma determinou o afastamento do parlamentar de seu mandato, a entrega de seu passaporte e a decretação do seu dever de recolhimento durante a noite, não cabendo recurso desta decisão da turma:⁸

Publicada essa deliberação do STF, membros do Senado, em consonância com a defesa de Aécio, argumentaram pela impossibilidade das medidas cautelares impostas pelos ministros a frente da invasão de competência do poder Legislativo de julgar seus membros, ou seja, de acordo com a defesa e membros do parlamento, o Senado deveria o mais rápido possível analisar e derrubar as restrições de função impostas pela Corte ao parlamentar. Entretanto, o Senado resolveu, por 50 votos a 21 adiar a votação, a somente no dia 17/10/2017 submeter à apreciação do plenário as medidas cautelares, pois, assim como afirmou na ocasião o senador Renan Calheiros (PMDB-AL), a decisão do STF configura um “[...] problema institucional, que tem a ver com a separação dos Poderes”⁹.

A argumentação do Senado, articulada pelo presidente do Senado Eunício Oliveira (PMDB-CE), pelos advogados Alberto Cascais (advogado-geral do Senado) e Hugo Soute Kalil juntamente com o coordenador geral Fernando Cesar Cunha, baseia-se na impossibilidade da aplicação aos parlamentares de medidas cautelares penais que impeçam os mesmos de desempenharem devidamente suas funções eletivas, foi enviada por meio de parecer à presidente da Corte suprema, Cármen Lúcia, nas seguintes razões:¹⁰

A imposição de medida cautelar a membro do Congresso Nacional constitui ato inconstitucional, na medida em que agride ao disposto no art. 53 da Constituição da República, em especial quanto à cláusula de vedação de prisão – cuja escorreita interpretação abarca a vedação de medidas

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Primeira Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo*. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>>. Acesso em: 11 out. 2017.

⁹ FRAZÃO, Felipe. *Alvos da Lava Jato reforçam defesa de Aécio no Senado*. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/10/09/alvos-da-lava-jato-reforcaram-defesa-de-aecio-no-senado.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁰ MATAIS, Andreza. *Senado diz ao Supremo que não cabem 'cautelares penais' durante mandato*. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/senado-diz-ao-supremo-que-nao-cabe-cautelares-penais-durante-mandato/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

cautelares no escopo da proteção constitucional à plena liberdade do exercício do mandato parlamentar.

O adiamento, para a data de 17 de outubro, da apreciação das medidas cautelares pelo Senado, articulado pelo presidente do Senado Eunício Oliveira em concordância com a presidente do STF Cármen Lúcia, evitou conflito entre os poderes Legislativo e Judiciário, uma vez que, para Eunício, o posicionamento do STF sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5262, que discute a aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares, é de suma importância para a harmonia entre os poderes e essencial para a devida reavaliação dos senadores sobre o assunto. Em efeitos práticos, o Senado resolveu esperar a decisão do STF, proferida na data de 11 de outubro, para votar o assunto em seu parlamento.¹¹

2 O JULGAMENTO DO STF DA ADI 5526

A ADI 5526 foi ajuizada pelos Partido Progressista (PP), Partido Social Cristão (PSC) e o Solidariedade (SD), mediante o questionamento para corte sobre a aplicação das medidas cautelares penais previstas nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal (CPP), serem aplicadas a membros do Poder Legislativo, e no caso de aplicadas, a submissão no prazo de 24 horas ao Congresso Nacional dessas medidas. De acordo com os impetrantes o questionamento da ADI se mostrava imperativo para a solução da dissonância interpretativa dos dispositivos questionados:¹²

De acordo com as legendas, a Constituição Federal, em pelo menos três momentos, soluciona questões entre o Judiciário e o Legislativo em relação às causas criminais envolvendo parlamentares. Eles ressaltam que a CF autoriza a Câmara e o Senado decidirem a respeito da perda do mandato político nos casos de infrações previstas na própria Constituição (artigo 55, parágrafos 1º e 2º); determina que compete às Casas parlamentares resolver a prisão de seus membros, caso tenham eles tenham sido detidos em flagrante por crime inafiançável (artigo 53, parágrafos 2º); além de considerar que também compete às Casas parlamentares suspenderem o andamento de

¹¹ AMORIM, Felipe. *STF julga dia 11 se Congresso precisa dar aval a afastamento de parlamentares*. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/29/stf-julga-dia-11-se-congresso-precisa-dar-aval-a-afastamento-de-parlamentares.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI pede que afastamentos de parlamentares sejam submetidos ao Congresso*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316714>>. Acesso em: 13 out. 2017.

ação penal, que tenha sido recebida contra parlamentar por crime ocorrido após a diplomação (artigo 53, parágrafo 3º).

A fundamentação da ADI encontra-se então na inquirição à Suprema Corte na aplicação dessas três regras constitucionais, citadas acima, como medidas judiciais capazes de interferir no exercício do mandato do parlamentar e a possível deliberação dessas medidas pelo Congresso, onde os partidos políticos afirmam categoricamente que a solução constitucional mais adequada é a clara necessidade de submissão da decisão judicial, no prazo de 24 horas, que importe na alienação, total ou parcial, do parlamentar de suas funções inerentes ao seu ofício, à respectiva Casa legislativa.¹³

Como parâmetro as legendas citaram decisão na AC 4070, onde o STF decidiu pelo afastamento cautelar de Eduardo Cunha, na data de 5 de maio de 2016, do exercício de seu mandato como deputado federal, considerando pela constitucionalidade da aplicação do artigo 319 do CPP no afastamento temporário do mandato parlamentar mediante decisão judicial. A ADI deve então ser respondida para suprir a reconhecida falta de norma constitucional que trate dessas medidas impostas pelo poder judiciário de afastamento de parlamentares de suas funções:¹⁴

Isso é o que importa para ensejar a necessidade de fixação das regras constitucionais que servirão de base para o estabelecimento do regime jurídico desse afastamento”, afirmaram, ressaltando que tal afastamento é uma clara inovação na ordem jurídica brasileira, “cuja introdução requer um esforço de compatibilização com todo o ordenamento constitucional vigente.

Neste sentido, uma vez distribuída ao Ministro Edson Fachin, os partidos pediram que o julgamento da ADI, no mérito, com efeitos retroativos, fosse integralmente procedente, aplicando como constitucional a interpretação de que as medidas previstas nos artigos 312 e 319, do CPP, quando em suas aplicações houver

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI sobre afastamento de parlamentares terá rito abreviado*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317064&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 out. 2017.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI pede que afastamentos de parlamentares sejam submetidos ao Congresso*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316714>>. Acesso em: 13 out. 2017.

afastamento total ou parcial do exercício das funções de parlamentares, sejam necessariamente submetidas, no prazo de 24 horas, ao Congresso Nacional, com a finalidade de deliberação sobre as mesmas pelas respectivas casas.

Ademais, Aécio Neves e o PSDB, na ocasião em que Aécio foi afastado de suas funções públicas e obrigado a recolher-se no período noturno, cargo, ajuizaram, respectivamente, perante o SFT, Mandados de Segurança (MS) MS 35230 e MS 35231, contra a decisão da Corte Suprema.

Como pleito do MS 35230 estava o pedido que a referida decisão fosse suspensão até que a ADI 5526 fosse julgada, uma vez que o senador não podia ser impedido de cumprir seu mandato eletivo enquanto a Corte não tivesse entendimento estabelecido sobre o assunto. Em argumentação, os autores recorreram ao princípio da separação dos poderes para demonstrar que uma decisão do Poder Judiciário não é superior as garantias parlamentares, que são base da liberdade do parlamento, no exercício do livre funcionamento do Poder Legislativo, um dos alicerces da democracia. Os advogados do parlamentar questionam que da mesma forma o processo de instauração contra o presidente da República por crime comum ou de responsabilidade depende da aprovação de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados, somente a Casa Legislativa poderia sustar o andamento de uma ação penal contra um parlamentar que à ela pertença. Os advogados de Aécio pediram no mérito o reconhecimento da ilegalidade no afastamento cautelar do senador, concluindo pela inviolabilidade, civil e penal, por quaisquer opiniões, palavras e votos daqueles que assumem o cargo de parlamentar durante o exercício do mandato, logo, como em regra não podem ser presos, o senador Aécio não poderia então receber medidas cautelares penais que o impeçam de exercerem suas funções eletivas:¹⁵

Não há na Constituição da República Federativa do Brasil uma única norma que permita concluir pela possibilidade de suspensão de um mandato por decisão liminar, ainda mais no caso presente, pois, tratando-se de decisão judicial de natureza

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Senador Aécio Neves e PSDB questionam decisão que afastou o parlamentar do cargo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357728&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 out. 2017.

penal, a hipótese constitucional de perda do mandato é, apenas e tão somente, a de condenação com trânsito em julgado.

Impetrado pelo PSDB, o MS 3521, o qual também pleiteava contra decisão da Primeira Turma da Suprema Corte em seu julgamento da Ação Cautelar 4327 (decretação medidas cautelares contra o parlamentar), sustentou que a decisão atingiu seus interesses, limitando o acesso de Aécio ao parlamento e consequentemente impedindo o exercício de suas funções, o que não poderia ocorrer pois o mandato é irrevogável, sendo a única hipótese constitucionalmente viável para esse impedimento seria a condenação com trânsito em julgado. Logo, como não existe previsão constitucional para a aplicação de medidas cautelares penais para parlamentares, as restrições impostas à Aécio deveriam ser revertidas.¹⁶

Entretanto, ambos os pleitos dos mandados foram julgados incabíveis pelo ministro Edson Fachin, sendo que no julgamento do MS 35230¹⁷, o ministro fundamentou sua decisão, uma vez observada a competência monocrática do Relator para decidir sobre a admissibilidade de recurso, negando-lhe o provimento por não cabimento do mandado de segurança, como demonstrado pelo art. 21, § 1º, do Regimento Interno do STF (RISTF), que expressa:¹⁸

Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repete competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art.543-B do Código de Processo Civil.

No caso do MS 35231, o ministro se citou o artigo 5º (inciso II) da Lei 12.016/2009 no sentido que “não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”, ou seja, o

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator rejeita ação do PSDB que questionava decisão que afastou senador Aécio Neves*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358979>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 35.230/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 3 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS35230despacho3out.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ministro demonstra que a decisão questionada ainda não transitou em julgado, logo seria possível a imposição de embargos de declaração com efeitos suspensivos, ocasião na qual não é cabível o cabimento de mandado de segurança, de acordo com a Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. O ministro frisa que não permite o cabimento de mandado de segurança exatamente pelo fato da questão não ter transitou em julgado: “sendo possível cogitar-se, em tese, do cabimento dos embargos de declaração, definidos, por lei, como recurso por meio do qual podem as partes suscitar eventual efeito suspensivo”.¹⁹

2.1 Os votos na ADI 5526

Em 11 de outubro de 2017, convocado para julgar a ADI 5526, o Plenário do STF decidiu, por maioria dos votos, em um julgamento parcialmente procedente, que o Poder Judiciário tem competência para impor medidas cautelares penais do artigo 319 do CPP a parlamentares, onde quando as medidas cautelares aplicadas resultarem em impedimento ou obstáculo, direta ou indiretamente, para o exercício das regulares funções do mandato do parlamentar, a decisão judicial que decretou as medidas devesse necessariamente ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa do parlamentar, nos termos do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, para deliberação, no entanto, a Suprema Corte frisa que, diferentemente do pedido pelos partidos PP, PSC e Solidariedade, apenas as medidas que suspendem o mandato ou embarcam seu devido exercício deverão ser submetidas a posterior controle pelo Poder Legislativo.²⁰

A procedência parcial dos pedidos da ADI 5526 se deu em razão da divergência de entendimentos entre os ministros do STF, no sentido de a maioria não considerar cabível a aplicação das medidas cautelares penais do artigo 319, do

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator rejeita ação do PSDB que questionava decisão que afastou senador Aécio Neves*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358979>>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CPP, que impeçam ou dificultem para parlamentares o exercício de suas funções eletivas, sem o aval do Congresso Nacional e da minoria não considerar pela necessidade do consentimento do Poder Legislativo.

2.1.1 Os votos vencidos

O ministro Edson Fachin, o relator da ação e primeiro a votar no dia 11 de outubro de 2017, manifestou-se contra o entendimento da imperatividade de manifestação do Congresso. Baseando-se no princípio basilar republicano da isonomia, exaltou a validade das medidas cautelares aplicadas pelo poder Judiciário contra parlamentares, as quais evitam um manifesto tratamento privilegiado às autoridades que possuam imunidades previstas pela CF, o qual no caso em concreto se trata da imunidade parlamentar da Casa Legislativa rever a prisão de seu membro. Em seu voto, o ministro avaliou três parâmetros de controle de constitucionalidade, utilizados pelos autores da ADI, pedindo ao STF uma interpretação constitucional aos artigos 312 e 319, *caput*, ambos do CPP, onde, de acordo com os partidos, as medidas cautelares estavam sendo utilizadas como meio de impedir o parlamentar de exercer suas regulares funções. Fachin em resposta citou o artigo 55, § 2º, e o artigo 53, § 2º e § 3º, ambos do texto constitucional, os quais, respectivamente, conferem às Casas Legislativas, em relação aos seus membros acusados, as competências de resolver sobre a prisão em flagrante por crime inafiançável e sustar o andamento de ação penal em desfavor de parlamentar federal. O ministro entendeu pela inaplicabilidade dos respectivos parâmetros para o caso em apreço, observando que, de acordo com a Constituição, é delegada à Casa Legislativa, à qual pertença o parlamentar, o poder de revisão apenas no caso de ameaça de perda de mandato, situação na qual é configurado o caráter permanente e irreversível, diferentemente do caso em concreto, onde é avaliado medidas cautelares penais devidamente autorizadas, as quais garantem a ordem pública e a persecução penal, que provisoriamente impeçam o réu de exercer as funções de seu mandato eletivo. Consequentemente, na interpretação do ministro, as imunidades parlamentares

devem ser interpretadas de forma restrita, não sendo admissível a hipótese de uma interpretação a qual não é suportada pelo texto constitucional:²¹

Essa regra não confere nem de longe ao Poder Legislativo o poder de revisar juízos técnicos jurídicos emanados pelo Poder Judiciário. Ao Poder Legislativo, a Constituição outorgou o poder de relaxar a prisão em flagrante, forte no juízo político. Estender essa competência para permitir a revisão, por parte do Poder Legislativo, das decisões jurisdicionais sobre medidas cautelares penais significa ampliar a imunidade para além dos limites da própria normatividade enredada pela Constituição. É uma ofensa ao postulado republicano e é uma ofensa à independência do Poder Judiciário.

Na avaliação de Fachin, o princípio republicano, previsto no artigo 19, inciso III, e artigo 34, inciso VII “a”, ambos da CF, segundo os quais todos os brasileiros devem ser tratados pelos entes federativos de forma isonômica na aplicação das normas constitucionais, sem criar privilégios pessoais ou promover imunidades extensivas até a parlamentares. Para o ministro, a única hipótese ao qual o artigo 55, §2º, da CF, se refere como objeto de apreciação da Casa Legislativa é a prisão em flagrante, onde o acusado é preso sem mandado judicial, portanto, a Constituição neste artigo atribuiu competência à Câmara dos Deputados e ao Senado somente para decidirem a respeito do estado de flagrância do parlamentar. Fachin observou ainda que o flagrante delito, a partir da promulgação da constituição de 88, passou a ser uma espécie de medida subcautelar, deixando sua natureza prisional cautelar processual, logo, uma vez que qualquer cidadão brasileiro é tratado de maneira igual perante a lei, o texto da CF garante a prisão em flagrante por crimes inafiançáveis será aplicada da mesma forma para o cidadão comum e para o parlamentar, o juízo a ser realizado pela Casa Legislativa configura-se então em um legítimo juízo político podendo ser aplicado nas formas previstas pelo texto constitucional. Fachin finalizou seu voto afirmando que a competência das Casas do Poder Legislativo sustarem o andamento de processo penal instaurado contra um de seus membros, competência essa que antes necessita antes do recebimento da denúncia por parte do STF, é de fato um poder político constitucional, mas não pode ser confundido com uma

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Fachin vota pela improcedência de ação sobre afastamento de parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358781>>. Acesso em: 20 out. 2017.

possibilidade de sustar medidas cautelares penais impostas através de decisão pelo Poder Judiciário:²²

Por certo, há uma diferença marcante e significativa entre a decretação da perda do mandato, medida definitiva e irreversível, e a

Suspensão temporária da função pública insita no exercício do mandato parlamentar, decretada pelo Poder Judiciário, fundada nos juízos de adequação e de necessidade “para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”, conforme dicção literal do art. 282, I, do Código de Processo Penal.

Como a decretação da perda de mandato é medida drástica e irreversível, o constituinte conferiu maiores garantias ao mandato parlamentar condicionando a cassação à manifestação do Poder Legislativo. Disso não se pode extrair competência, mesmo implícita, para subtrair a submissão de parlamentar à medida cautelar penal, decretada pelo Poder Judiciário. A tal conclusão só se poderia chegar se fosse possível interpretar referida regra extensivamente, o que, como visto, não é o caso.

Assim como Fachin, o ministro Luís Roberto Barroso, aplicando ao caso concreto uma interpretação mais rígida da CF, votou pela desnecessidade da submissão da decisão judicial, na qual é aplicada medidas cautelares, da mesma forma como o STF já havia se pronunciado outras duas vezes, ao Congresso. O ministro afirmou que as medidas cautelares alternativas utilizadas, como o recolhimento noturno, não possuem a mesma equivalência da prisão de parlamentares, na qual, pelo texto constitucional, precisa de autorização do poder Legislativo:²³

A ideia de que o Poder Judiciário não possa exercer o seu poder cautelar para impedir que o cometimento de um crime que esteja em curso? É a negação do Estado de direito. Significa dizer que o crime é permitido para algumas pessoas. Eu não gostaria de viver num país que fosse assim.

Prisão não é porque não interfere com a rotina da vida da pessoa, a rotina funcional de trabalho durante o dia, a rotina

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

²³ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

da vida da pessoa não é afetada. [...] O que se impede com o recolhimento domiciliar noturno é que se frequente balada, restaurantes, recepções, eventos festivos.

Acompanhando o voto do relator, a ministra Rosa Weber não entende pela necessidade do aval do Congresso em relação a medidas cautelares penais impostas por decisões do STF a parlamentares, pois o afastamento do mandato e o recolhimento noturno são medidas cautelares previstas no CPP diferentes da privação da liberdade. Tratando-se da aplicação dessas medidas, de acordo com a ministra, a Suprema Corte está no pleno exercício de suas funções, submeter essa espécie de decisão à apreciação do poder Legislativo seria prejudicar o equilíbrio entre os poderes.²⁴

A Constituição em dispositivo algum submete à confirmação do Poder Legislativo a aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Submeter ato que é próprio do Poder Judiciário ao escrutínio de outro poder, no caso o Legislativo – à revelia de comando constitucional neste sentido, porque com prisão [a medida cautelar] não se confunde e, portanto, não há a incidência do artigo 53 da Carta – isso sim implicaria corromper o equilíbrio do delicado sistema de separação entre os Poderes.

De acordo com o ministro Luis Fux é dever do STF não criar proteções e privilégios para os parlamentares, votando contra a necessidade de análise das medidas pelo Congresso. O ministro em seu voto entendeu que a submissão das medidas para o poder Legislativo seria uma configuração de proteção, não consagrada no texto constitucional, aos parlamentares, gerando possíveis impunidades e ameaçando a democracia. Fux se expressou no sentido de que as medidas alternativas à prisão aplicadas no caso concreto são decretadas na fase investigatória, acusação formal não teria ocorrido ainda, só com a abertura da ação penal seria o mesmo considerado como réu.²⁵

A Constituição ela não diferencia o parlamentar para privilegiá-lo. Distingue-o e o torna imune ao processo para

²⁴ STF: afastamento de parlamentar pelo Judiciário deve ser analisado pelo Congresso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267064,81042-STF+Afastamento+de+parlamentar+pelo+Judiciario+deve+ser+analisado>>. Acesso em: 22 out. 2017.

²⁵ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

que os princípios do estado democrático sejam cumpridos, jamais para que eles sejam desvirtuados, afinal o que se garante é a imunidade e não a impunidade. Essa é incompatível com a democracia, com a república e com o próprio princípio do estado de direito. Entre o inquérito policial e a ação penal já um grande decurso de tempo. Quem é que vai atuar nesse vácuo, quem é que vai atuar nesse interregno? É o Poder Judiciário. Ninguém está sendo pego de surpresa.

O ministro Celso de Mello em seu voto intercedeu em favor da possibilidade do afastamento do parlamentar por meio de medidas cautelares penais sem a necessidade da análise do Congresso, enfatizando que a Corte Suprema, no exercício regular de seus poderes, é plenamente capaz de aplicar as medidas cautelares penais que julgar serem necessárias para a realização da devida investigação dos fatos, ressaltando que estas medidas não configuram punição ou juízo de culpa sobre o réu, reforçando a posição do Supremo de ter a última palavra em casos judiciais.²⁶

Nada impede que se discuta a decisão, que se debata o acerto ou não de um julgamento, mas quem tem o monopólio da última palavra, sob a interpretação da Constituição, em nosso modelo jurídico, desde sempre tem sido o Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, Celso uniu-se à corrente minoritária da Corte e julgou improcedente a ADI, reconhecendo a competência do Supremo de decretar, contra membros do Congresso Nacional, por autoridade própria, medidas cautelares penais elencadas no artigo 319 do CPP, por conseguinte, considerando pelo postulado da separação dos poderes, a corrente adotada pelo ministro desconsidera a necessidade de que essa decisão judicial seja referendada pelas Casas do Congresso nacional. O ministro ressaltou ainda que as medidas cautelares existem em função da atividade processual ou da investigação penal, não vinculando antecipações punitivas, uma vez que, possuem como finalidade única a garantia de efetividade e seguridade de resultados úteis e práticos aos procedimentos de investigação criminal e de persecução penal. Na conclusão de seu voto, Celso lembrou que, com base no princípio republicano, o modelo democrático de poder garante que ninguém está

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto do ministro Celso de Mello no julgamento sobre afastamento de parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359080&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 out. 2017.

acima a autoridade das leis e da Constituição da República, neutralizando assim o abuso de autoridade e protegendo as liberdades fundamentais de todos os cidadãos contra excesso dos governantes, instaurador do império da lei (“*rule of law*”):²⁷

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, ao fazê-lo, quero destacar que hoje, mais do que nunca, é preciso proclamar, na linha da lição ministrada por Hely Lopes Meirelles, que o direito ao governo honesto constitui prerrogativa inafastável da cidadania, a significar, por isso mesmo, como adverte Celso Lafer, que nenhum cidadão da República pode ser constrangido a viver em uma comunidade moralmente corrompida. Aqueles que são investidos, por eleição ou por nomeação, em mandatos eletivos ou em cargos incumbidos de desempenhar a alta missão de reger os destinos do Estado hão de manter estrito respeito e total obediência aos postulados da probidade pessoal e da moralidade administrativa. Entendo relevante insistir, como tenho feito em diversos julgamentos nesta Corte, na asserção de que, em uma sociedade livre e fundada em bases democráticas, o cidadão tem o direito inalienável de ser governado e julgado por administradores probos, por legisladores íntegros e por juízes incorruptíveis.

2.1.2 Os votos vencedores

O ministro Alexandre de Moraes expressou seu voto no sentido de não considerar cabível a possibilidade de afastamentos de parlamentares por decisões do Poder Judiciário, entretanto, ressaltou que se a maioria da Corte entendesse que é possível o afastamento, seu voto seria alinhado com os mesmos, se posicionando a favor da submissão das decisões judiciais ao Congresso. Em seus argumentos, colocou como única hipótese possível para interferência do Poder Judiciário no mandato de parlamentares é a situação em que os mesmos são presos em flagrante delito por crimes inafiançáveis, e assim nessa situação o Congresso pode rever a medida:²⁸

Essa cassação cautelar, esse afastamento de mandatos populares, seria uma violência, a meu ver, é uma violência

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526ministroCM.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

²⁸ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

muito séria ao equilíbrio entre estado de direito, a jurisdição constitucional e a própria democracia, sem que se aguarde o devido processo legal e a condenação final

O ministro Dias Toffoli advogou pela submissão da decisão judicial de afastamento de parlamentar, em até 24 horas, ao Congresso. Em seu voto o ministro expressiu a necessidade de requisitos mais rigorosos, flagrante de crimes inafiançáveis ou situações de superlativa excepcionalidade, para a aplicações de medidas cautelares, pois imposições alternativas à prisão preventiva devem ser ratificadas pela Câmara ou Senado como condição para a segurança do livre exercício do mandato. De acordo com o ministro, uma vez observadas as opiniões expressadas por membros do Senado sobre o caso em apreço, a harmonização na independência entre os poderes na investigação e solução da problemática é de grande importância para o Estado democrático de direito:²⁹

A relação independente e harmoniosa entre os poderes do Estado exige que essa atuação se dê, como exposto, 'sem predomínio'. Nem passivismo nem ativismo exacerbado. No exercício do seu papel moderador, incumbe ao Supremo Tribunal Federal distensionar as fricções que possam ocorrer entre os demais Poderes constituídos.

De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski o afastamento de parlamentares só é possível com autorização do Congresso, pois assim como na situação do parlamentar ser preso em flagrante por crime inafiançável a avaliação da Câmara ou Senado é imperativa para a suspensão do mandato, no entanto, o ministro ressaltou que de fato existirão casos que possam atentar contra a moralidade no serviço público, e esses casos devem ser analisados de forma mais cautelosa:³⁰

É desnecessário lembrar que decisões parlamentares que sejam inspiradas por sentimentos meramente corporativos ou que deixem de observar o princípio da moralidade certamente serão recebidas com enorme perplexidade pela sociedade.

²⁹ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

³⁰ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Votando, a priori, pela impossibilidade da Suprema Corte afastar parlamentares, o ministro Gilmar Mendes durante seu julgamento mudou seu voto em consonância com o entendimento majoritário da plenário, admitindo execução das medidas cautelares mas com a ponderação e análise do Congresso. O ministro ressaltou a importância de uma resolução pacífica para o conflito entre o Poder Judiciário e Legislativo, alertando os colegas para uma possível agravamento no conflito de poderes caso a Corte determinasse a aplicação das medidas cautelares penais sem a análise do Congresso: “Se nós nos permitirmos a aplicação naquilo que envolve a atividade parlamentar, nós vamos permitir certamente a aplicação da prisão provisória”.³¹

Neste sentido, Marco Aurélio declarou-se contrário à aplicação a parlamentares de quaisquer medidas cautelares penais alternativas à prisão, contudo, ao proferir seu voto, ressaltou que, caso as medidas sejam aplicadas pelo poder Judiciário restringindo o livre exercício das funções eletivas do parlamentar, a apreciação pela Casa Legislativa se mostraria então necessária.

A ministra Cármen Lúcia colocou o seu voto a favor da aplicação de medidas cautelares penais contra parlamentares, colocando como necessário o posterior aval do Congresso quando essas medidas envolverem o comprometimento do exercício do mandato do paciente, pois a análise do órgão competente, nesse caso a Casa Legislativa, é imperativa uma vez que a aplicação das medidas pode-se expressar em uma forma indevida de afastamento:³²

Entendo que as [medidas] são aplicáveis, haverão de ser aplicáveis, incluindo afastamento da função, mas a diferença diz respeito à circunstância de que analisando essa norma e considerado que o mandato não é de uma pessoa, mas de um eleitorado, é que considero que o julgador deverá adotar qualquer das medidas previstas no artigo 319.

3 OUTROS DOIS CASOS DE AFASTAMENTO DE PARLAMENTARES

³¹ STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

³² STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *GI Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

No julgamento da ADI 5526, uma vez observada a necessidade de parâmetros para o embasamento dos votos, os ministros da Suprema Corte utilizaram como fundamentação prática e jurisprudencial as decisões tomadas nas Ações Cautelares AC 4039 e AC 4070, julgamentos estes nos quais o STF decidiu, respectivamente, pela prisão preventiva do senador Delcídio do Amaral (PT/MS) e pelo afastamento cautelar de Eduardo Cunha.

Em 25 de novembro de 2015, a Segunda Turma do STF, em sessão extraordinária, manteve, por unanimidade, a prisão preventiva do senador Delcídio, ao julgar a AC 4039, ajuizada pelo Ministério Público Federal, apoiando assim a decisão tomada pelo ministro Teori Zavascki na noite anterior de determinar a prisão. De acordo com Teori, a medida cautelar foi tomada em decorrência da manifesta ameaça que a liberdade do réu representava para a integridade das investigações, fundamentando as razões para a prisão no artigo 312 do CPP, materialidade por provas da existência do crime e indício suficiente de autoria, exatamente como o pedido apresentado pelo MP nas ações. Logo, pela natureza de crime permanente, isto é, observada a formação de associação criminosa com o objetivo de atrapalhar investigações criminais e processuais, de acordo com o ministro, seria necessária então a prisão cautelar pela caracterização do flagrante com o objetivo de garantir o devido processo legal:³³

O tipo do art. 2º da Lei 12.850/2013 (“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”) remete ao conceito estatuído no art. 1º.[...]

Esse delito, tipificado anteriormente pela Lei 12.694/2013, é pacificamente reconhecido como crime permanente (HC 112454, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 10-042013 PUBLIC 11-04-2013) e, como tal, contempla não só a possibilidade de prisão em flagrante a qualquer tempo (HC 101095, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Julgado em 31-08-2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-03 PP-00480) como até mesmo a chamada “ação

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão liminar do ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar (AC) 4039*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautela_r_4039.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

controlada”, ou seja, “retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações” (art. 8º, caput, da Lei 12.850/2013).

Na votação do dia 25 de novembro, relatora ministra Cármen Lúcia referendou o juízo de determinação da prisão do senador Delcídio, expressando-se pela utilização da prisão no caso concreto para a necessária de proteção ao Estado de Direito, afirmando ainda que a CF não permite a impunidade de quem quer que seja. Na sequência, Gilmar mendes salientou que, uma vez preenchidos os requisitos previstos no texto constitucional, a prisão em flagrante do parlamentar é válida e indispensável para evitar a impunidade do crime inafiançável e permanente cometido por Delcídio. Este sentido, Celso de Mello observou pelo princípio basilar do Estado Democrático de Direito da isonomia em seu voto, afirmando que, como ninguém está acima da lei, a ordem jurídica não poderia se manter indiferente perante condutas criminosas praticadas por Delcídio, um membro do poder Legislativo que demonstrou claramente desvios éticos e transgressões alegadamente criminosas o desempenho de suas funções como parlamentar. Votando por último, o ministro Dias Toffoli entendeu pela gravidade das flagrantes ações delituosas cometidas por Delcídio no exercício de seu mandato eletivo no seguinte sentido:³⁴

[...]o que o juiz tem que fazer é decidir de acordo com o rule of law (Estado de Direito), que é o que essa Corte historicamente faz.

[...] Hoje se cumpre o rule of law quando o ministro relator traz para referendo do colegiado uma decisão de extrema gravidade, para verificar se a decisão está de acordo com parágrafo 2º do artigo 53 da Constituição Federal.

[...]Precisamos incorporar esse padrão do rule of law à cultura brasileira, que não pode mais ser a cultura do 'jeitinho', das tratativas ou das relações pessoais.

Depois da votação, o presidente do colegiado, ministro Toffoli, informou pela imperatividade da comunicação, em 24 horas, da decisão da turma no referendo da

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Segunda Turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ordem de prisão, ajuizada na AC 4039, de Delcídio, ao Senado Federal, com a finalidade de que a prisão seja apreciada pela casa legislativa, conforme o artigo 53, § 2º, da CF.

No julgamento da AC 4070, que suspendeu Eduardo Cunha, foi considerado pelos ministros a necessidade das medidas impostas para impedir a interferência do deputado nas investigações criminais. Por unanimidade os ministros concordaram com o posicionamento de Teori Zavascki, no qual foram deferidas as medidas requisitadas por Rodrigo Janot, citando em sua decisão no art. 282 do CPP, segundo o qual para resguardar a conveniência das investigações e da instrução penal cabem medidas cautelares. Entretanto, após ressalva de que a cassação do mandato de Cunha era de fato somente competência da Câmara dos Deputados, devendo ser tomada somente a critério de seus pares, os ministros destacaram pelo caráter de excepcional e extraordinário do afastamento de Cunha, negando qualquer ingerência de um Poder sobre outro, com base no robusto contexto fático-probatório e no respaldo legal da medida de afastamento, suspendendo o investigado de seu cargo de presidente da Câmara e de suas funções como deputado federal. Teori, em seu voto, reforçou o caráter independente da decisão, argumentando pela não interferência das medidas em outro poder, mas pela primordialidade de um juízo que impeça a impunidade:³⁵

Há indícios de que o requerido, na sua condição de parlamentar e, mais ainda, de presidente da Câmara dos Deputados, tem meios e é capaz de efetivamente obstruir a investigação, a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que indiretamente, o regular trâmite da ação penal em curso no Supremo Tribunal Federal, assim como das diversas investigações existentes nos inquéritos regularmente instaurados.[...] O mandato, seja ele outorgado pelo povo, para o exercício de sua representação, ou endossado pelos demais deputados, para a liderança de sua instituição, não é um título vazio, que autoriza expectativas de poder ilimitadas, irresponsáveis ou sem sentido.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009&caixaBusca=>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Não houve, no referendo da turma, nenhum pronunciamento sobre a possibilidade de revisão da decisão judicial do afastamento pelo Poder Judiciário.

3 CONCLUSÃO

O ministro Edson Fachin, em seu voto da ADI 5526, sob a análise de casos similares, sustentou que, assim como na excepcionalidade do julgamento da AC 4070 onde foi decretado o afastamento do ex-deputado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados e de suas funções parlamentares, o STF tem se mostrado restritivo quanto ao cabimento de foro privilegiado e aplicação de imunidades parlamentares a réus que sejam ex-autoridades. Outro exemplo desta afirmação seria a decisão proferida no julgamento do agravo regimental no Inquérito 1376, com relator Celso de Mello, no qual foi julgado incabível a ex-ocupantes de cargos públicos o foro por prerrogativa de função.³⁶

Em concordância com Fachin, também no julgamento da ADI 5526, o ministro Celso de Mello, fundamentou sua decisão no precedente unânime do STF pela aplicação plenamente legítima, em face da CF, das medidas de suspensão preventiva do exercício do mandato legislativo e consequente afastamento cautelar da Presidência da Câmara dos Deputados, contra o ex-deputado Federal Eduardo Cunha, medidas estas impostas no julgamento da AC 4070. Logo, nesta ocasião, o STF considerou dispensável a confirmação por parte da Casa legislativa, a qual pertence o parlamentar, no caso de suspensão preventiva de ofício legislativo, entre outras medidas cautelares com fundamento no art. 319 do CPP, decretada por decisão da Corte Suprema. De acordo com o entendimento proferido nesta ocasião, de fato a competência para a análise da suspensão do processo penal, por determinação da CF, é do Poder Legislativo, podendo deliberar assim sobre o prosseguimento da persecução penal. Todavia, a interpretação desta prerrogativa deve ser feita restritivamente, pois fora da desta hipótese, as investigações e processos criminais que tiverem parlamentares como investigados devem seguir o devido processo legal, cabendo a plena aplicação, quando necessárias e adequadas, de

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

medidas cautelares devidamente fundamentadas e previstas em lei, não configurando qualquer espécie de fragilização da independência para o exercício do mandato.³⁷

No julgamento de caso de Aécio, pela maioria dos votos, o entendimento aplicado ao caso concreto foi diferente do aplicado nos dois outros casos. O STF decidiu então pela sua competência de decretar medidas cautelares penais, contudo, no momento que essas medidas dificultem ou impeçam o parlamentar de exercer seu cargo eletivo, a decisão deve ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação. Foi dada então procedência parcial para a ADI 5526.³⁸

No dia 17 de outubro de 2017, por 44 votos a 26, o Senado Federal derrubou a decisão da Primeira turma do STF que afastava Aécio de seu mandato, permitindo o seu retorno as atividades parlamentares. Os senadores que votaram pela suspensão das medidas argumentaram pelo “direito de defesa” do parlamentar e a “autonomia entre os poderes”. De acordo com o site G1, a aliança feita entre os partidos PMDB e PSDB (28 dos 44 votos favoráveis) foi fundamental para a votação que permitiu o retorno do senador. As investigações contra Aécio prosseguem no STF, ao todo ele responde a 9 inquéritos, todos originados da operação Lava Jato.³⁹

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526ministroCM.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³⁹ SENADO derruba decisão do STF que mandou afastar Aécio Neves do mandato. *G1 Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/senado-derruba-afastamento-de-aecio.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2017.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Felipe. *STF julga dia 11 se Congresso precisa dar aval a afastamento de parlamentares*. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/29/stf-julga-dia-11-se-congresso-precisa-dar-aval-a-afastamento-de-parlamentares.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BOMFIM, Camila. *Fachin manda afastar Aécio das funções de senador*. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-manda-afastar-aecio-neves-do-mandato-de-senador.ghtml>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Ação 4.327*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/05/AC_4327.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *PGR denuncia Aécio Neves por recebimento de propina e obstrução de justiça*. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-denuncia-aecio-neves-por-recebimento-de-propina-e-obstrucao-de-justica>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Primeira Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo*. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI pede que afastamentos de parlamentares sejam submetidos ao Congresso*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316714>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI sobre afastamento de parlamentares terá rito abreviado*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317064&caixaBusca=N>>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão liminar do ministro Teori Zavascki na Ação Cautelar (AC) 4039*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto do ministro Celso de Mello no julgamento sobre afastamento de parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359080&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 35.230/DF*. Primeira Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 3 de outubro de 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS35230despacho3out.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro determina retorno de Aécio Neves ao exercício das funções de senador*. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348351>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro Fachin vota pela improcedência de ação sobre afastamento de parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358781>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009&caixaBusca=>>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator rejeita ação do PSDB que questionava decisão que afastou senador Aécio Neves*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358979>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Segunda Turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Senador Aécio Neves e PSDB questionam decisão que afastou o parlamentar do cargo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357728&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Celso de Mello na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526ministroCM.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5.526*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5526.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FRANÇA, Pedro. *Aécio Neves é denunciado ao STF por corrupção e tentativa de barrar Lava Jato*. 2017. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2017-06-02/aecio-neves.html>>. Acesso em: 11 out. 2017.

FRAZÃO, Felipe. *Alvos da Lava Jato reforçam defesa de Aécio no Senado*. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/10/09/alvos-da-lava-jato-reforcam-defesa-de-aecio-no-senado.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

MATAIS, Andreza. *Senado diz ao Supremo que não cabem 'cautelares penais' durante mandato*. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/senado-diz-ao-supremo-que-nao-cabe-cautelares-penais-durante-mandato/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SENADO derruba decisão do STF que mandou afastar Aécio Neves do mandato. *G1 Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/senado-derruba-afastamento-de-aecio.ghtml>>. Acesso em: 22 out. 2017.

STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. *G1 Globo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2017.

STF: afastamento de parlamentar pelo Judiciário deve ser analisado pelo Congresso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI267064,81042-STF+Afastamento+de+parlamentar+pelo+Judiciario+deve+ser+analisado>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SUPREMACIA JUDICIAL X SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: FACETAS DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Gabriela Rosa Coutinho¹

Resumo

Em sentido estrito, a inconstitucionalidade das leis decorre da oposição entre determinada conduta do Poder Público, comissiva ou omissiva, diante do comando da Constituição. Após a promulgação da Constituição de 1988 houve significativa ampliação dos mecanismos de proteção judicial e, conseqüentemente, do controle de constitucionalidade das leis. Atualmente, o controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se mostrado uma importante criação do direito constitucional, bem como da ciência política. Desta maneira, a adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil, o qual engloba o sistema de controle concentrado, exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, e o sistema de controle difuso, exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, tem demonstrado ampla flexibilidade e capacidade de adaptação dos institutos citados aos mais diversos sistemas políticos. Particularmente, há predominância do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, tratando-se de “uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.”² Reflexões valiosas acerca das transformações do constitucionalismo no cenário brasileiro serão abordadas, uma vez que o sistema concentrado têm prevalecido em relação ao controle difuso, instigando a indagação se o sistema predominante tem contribuído, realmente, de forma eficaz, para proteção dos direitos e garantias fundamentais e, também, para o fortalecimento da democracia brasileira. O presente artigo acadêmico demonstrará a abordagem doutrinária acerca dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, bem como as implicações diante da inobservância da força normativa da Constituição perante os objetivos da sindicância constitucional, com o objetivo de checar a fragilidade de tais sistemas de controle face à supremacia judicial em desfavor da supremacia da constituição de determinadas decisões com atributo de definitividade

¹ Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD), disciplina Prática Processual Constitucional e Administrativa, sob orientação do Prof. Marcelo Novelino. Advogada. Título de Bacharel em Direito pelo UNICEUB. E-mail: <gabrielabyron@hotmail.com>.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1131.

ou última palavra acerca de questões constitucionais, o que de fato dificulta a relação dialógica das instituições com a sociedade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Supremacia judicial. Supremacia constitucional. Controle de constitucionalidade brasileiro. Força normativa da Constituição.

Abstract

In the strict sense, the unconstitutionality of the laws stems from the opposition between certain conduct of the Public Power, commissive or omissive, before the command of the Constitution. After the promulgation of the 1988 Constitution, there was a significant expansion of judicial protection mechanisms and, consequently, of the constitutionality of laws. Currently, judicial control of the constitutionality of laws has been shown to be an important creation of constitutional law as well as political science. In this way, the adoption of the mixed system of constitutionality control in Brazil, which encompasses the concentrated control system, exclusively exercised by the Federal Supreme Court, and the diffuse control system, exercised by anybody of the Judiciary, have shown a wide flexibility And capacity of adaptation of the institutes mentioned to the most diverse political systems. In particular, there is a predominance of the system of concentrated control of constitutionality, being "a new division of Powers with the institution of a Court with clear normative power and whose decisions have the attribute of definiteness." Valuable reflections on the transformations of constitutionalism in the The Brazilian scenario will be addressed, since the concentrated system has prevailed in relation to diffuse control, instigating the inquiry if the predominant system has actually contributed effectively, for the protection of fundamental rights and guarantees, and also for the strengthening of the Brazilian democracy. This academic article will demonstrate the doctrinal approach to the constitutional control systems in Brazil, as well as the implications for non-compliance with the normative force of the Constitution in the face of the constitutional union's objectives, in order to check the fragility of such control systems To the supremacy of the constitution to the detriment of the judicial supremacy of certain decisions with the attribute of finality or last word on constitutional issues, which in fact hinders the dialogical relationship between institutions and society.

Keywords: Judicial Supremacy and Constitutional Supremacy. Control of Brazilian constitutionality. Normative force of the Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo brasileiro comporta dois sistemas simultâneos de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado. Importantes discussões têm vindo à tona em razão de relevante parcela da doutrina brasileira entender que o

sistema concentrado é padrão para o novo constitucionalismo brasileiro, bem como para a consolidação de sua democracia.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do Brasil, foi mantida a sobreposição dos sistemas de controle constitucional, almejando afastar o caráter autoritário do sistema concentrado que vigorou desde o regime militar pós-64, o qual buscava proteger os interesses da União.

A Carta Magna ampliou o rol dos legitimados do sistema concentrado, englobando também os partidos políticos, poderes legislativos, entidades sindicais e associações de classe. O Procurador-Geral da República teve sua autonomia ampliada para zelar pela ordem jurídica e pelos interesses coletivos e difusos, não sendo mais demissível pelo Presidente da República.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e emendas constitucionais posteriores, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade ganhou força, cuja justificativa foi a aptidão para a defesa dos direitos e garantias fundamentais. Parcela influente da doutrina constitucional brasileira afirma que o sistema concentrado de defesa da Constituição é completo e estruturado, acreditando, também, na garantia da racionalidade da decisão pela Corte Constitucional. Sob outra ótica, atribuiu-se maior relevância à sistemática do controle de constitucionalidade firmado pela CF/88, tornando o controle difuso secundário.

A principal característica do controle concentrado de constitucionalidade é que o julgamento sobre a constitucionalidade das leis é realizado por apenas um órgão do Poder Judiciário. No Brasil, esse controle é exclusivo do STF, quando provocado, principalmente, por Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Apesar de ser concentrado, se qualifica também como abstrato, pois avalia diretamente a constitucionalidade da norma e não a constitucionalidade de um caso isolado que tem por base os dispositivos impugnados.

O principal objetivo do presente estudo visa demonstrar a correlação doutrinária acerca do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, sendo essencial para fomentar a reflexão diante da importância da força normativa da Constituição, a qual se encontra atualmente fragilizada quando observado o contraste existente entre a predominância da supremacia judicial em desfavor da supremacia da Constituição, materializada em determinadas decisões com caráter de definitividade sobre assuntos constitucionais, o que contribui para o distanciamento da relação dialógica entre a sociedade e as instituições estatais, firmando um monopólio interpretativo estático imposto pelo STF acerca de fatos dinâmicos presentes no âmbito social.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A ESSÊNCIA DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente, cumpre salientar que a força normativa presente no âmbito constitucional direciona o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, impulsiona a fiscalização, bem como a validade normativa conforme os preceitos constitucionais. Desta maneira, para que ocorra a vigilância da constitucionalidade dos atos normativos, torna-se necessário a observância de alguns requisitos, como o caráter formal e rígido da Constituição; a existência de um órgão competente para exercer tal atividade; e o entendimento da Constituição como Lei Fundamental e desejo de concretizá-la. Sendo assim, é o que se extrai da obra de André Puccineli Júnior acerca do pressuposto da rigidez constitucional:

Isso porque é justamente a rigidez que credita à Constituição a necessária supremacia hierárquica sobre os demais atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, com a consequência de serem inconstitucionais – e, portanto, inválidos – quaisquer comportamentos vulneradores de seus preceitos.

Mas não basta a existência de um texto rígido para dar início ao controle de constitucionalidade dos comportamentos humanos positivos (por ação) ou negativos (por omissão). Para tanto, faz-se igualmente necessário que a própria Constituição defina a um ou mais órgãos competência para exercitá-lo. E no cenário atual, embora os poderes Legislativo e Executivo conservem atribuições concernentes à matéria, é o Judiciário brasileiro que se destaca, na via difusa ou

concentrada, como o grande censor da constitucionalidade dos atos normativos.³

Desta forma, o controle de constitucionalidade comporta várias técnicas de invalidação de normas em desacordo com a essência constitucional, constituindo uma arma conduzida pelo Direito, cujo principal alvo é o controle da discricionariedade dos componentes da direção política, capazes de macular a força normativa que a Constituição emana.

A ideia da supremacia constitucional originou-se a partir das revoluções liberais, trazendo a noção de Constituição escrita, formal e rígida. Sendo assim, a rigidez constitucional comporta a consequência do princípio da supremacia, bem como a decorrência do princípio da compatibilidade vertical das normas conforme o ordenamento jurídico constitucional como requisito e fundamento de validade.⁴ Desta maneira, a supremacia constitucional decorre do conteúdo normativo (supremacia material) ou do processo de elaboração do seu texto (supremacia formal). Sob a égide desta sistemática, a fiscalização da compatibilidade das normas constitucionais perante as condutas dos poderes públicos é exercida pelo controle de constitucionalidade, cuja finalidade é assegurar a supremacia da Constituição.⁵

A Constituição jurídica está vinculada à realidade histórica, não podendo estar separada da realidade concreta do seu tempo para que a pretensão da eficácia seja alcançada. Em virtude do seu elemento normativo, a Constituição ordena e configura a realidade política e social. A força normativa comporta possibilidades e limites, resultantes da correlação entre ser e dever ser.

Dito isto, a força normativa da Constituição está vinculada à ideia de efetividade, pois se tratando de um princípio, confere ao intérprete um mandado de otimização diante de um problema constitucional, com o objetivo possível de criar condições mais favoráveis diante de determinada norma constitucional. O princípio em comento visa à observância dos pressupostos históricos, sociais e políticos para

³ PUCCINELI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

⁵ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 227-228.

concretizar e vincular a norma constitucional com a “vontade de constituição”, como ilustra Konrad Hesse em trecho de sua renomada obra:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.⁶

Sendo assim, nota-se que o controle de constitucionalidade das leis se trata de um instrumento essencial no Estado de Direito, uma vez que é a medida adequada para garantir o cumprimento dos direitos e deveres contidos na Constituição de 1988.

Entretanto, cumpre salientar que nem sempre a organização política de um Estado Democrático disposta em um documento escrito é suficiente para a existência estatal, sendo necessário, portanto, a previsão de institutos capazes de inibir a ofensa à Constituição pelos detentores do Poder Público. Sob esse prisma, o controle de constitucionalidade é uma importante arma contra os ataques à essência constitucional, bem como um mecanismo de preservação e garantia das liberdades públicas, ou seja, um instrumento político de controle normativo, cujo objetivo principal firma a defesa da Carta Magna e consequente reafirmação democrática.⁷

Desta maneira, é imperioso a compreensão da Carta Magna à luz de sua força normativa e do sistema jurídico firmado em sua essência. No que se refere aos dados objetivos e subjetivos contidos no texto constitucional brasileiro, os quais

⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 19

⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93-94

possibilitam pensar e buscar um discurso de normatividade e efetividade integral da Constituição de 1988, Paulo Ricardo Schier, leciona que:

Quanto aos dados objetivos, deve-se levar em conta os mecanismos de controle e realização constitucionais trazidos pela própria Carta (o controle de constitucionalidade em todas as suas dimensões, o núcleo das cláusulas pétreas, a participação popular nos negócios públicos, aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, etc.) que, devidamente manipulados pelos operadores jurídicos, podem contribuir para a sua completa realização (e, por isso, completa realização de seus valores). Quanto aos dados subjetivos, cite-se que o fato da Constituição ser compromissória⁸ gera o envolvimento das diversas classes e frações de classes com a realização dos valores nela inscritos, Será possível, então, construir um discurso, no contexto da Constituição de 1988, da normatividade integral.⁹

Em suma, o sistema jurídico pátrio se constitui por um conjunto de normas dispostas em degraus, pertencendo a maior hierarquia à Constituição Federal de 1988, fundamentando a validade das demais normas de hierarquia inferior. A partir desse pressuposto, o principal objetivo do controle de constitucionalidade é verificar a compatibilidade com a essência constitucional, almejando harmonia e singularidade a todo o sistema jurídico. Sob essa ótica, compreende-se como inconstitucionalidade qualquer ofensa aos preceitos constitucionais, a partir do processo legislativo de elaboração das normas, visando combater a inconstitucionalidade quanto à forma ou quanto ao conteúdo da norma. Sendo assim, o cerne principal do controle de constitucionalidade é filtrar as normas dentro do sistema jurídico, repudiando atos contrários à essência constitucional e ao Estado de Direito.¹⁰

⁸ “No Curso de Pós-Graduação da UFPR, o Professor Titular Dr. Clèmerson Merlin Clève costumava afirmar que, sendo compromissória a Constituição de 1988, ela é uma Constituição de “ninguém”, porque nenhuma classe ou fração de classe sente-se responsável pela efetividade integral dos valores nela inscritos; aí reside a sua fraqueza. Porém, pelas mesmas razões a Constituição é de “todos”, porque todas as classes e frações de classes identificam-se na luta pela efetividade integral dos valores que refletem seus interesses (e compromissos); aí reside a sua força.”

⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 95-96.

¹⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94-95.

3 FACETAS DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A Carta Magna de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando o controle por via incidental e difuso com o controle por via principal e concentrado. Entretanto, houve inovações que acarretaram importantes consequências práticas, como a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, da CF); a introdução de ação direta de controle de constitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em seara estadual (art. 125, §2º); a previsão do mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º) e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

O controle de constitucionalidade concentrado se materializa através de ação própria, cujo objeto é a invalidade de ato normativo ou lei, não havendo a necessidade da existência de caso concreto. Acerca do controle de constitucionalidade como instrumento político de controle das normas, vejamos a lição de Paulo Hamilton Siqueira Jr.:

A tutela é de interesse público, pois no controle concentrado o autor não alega a existência de lesão a direito próprio ou alheio, atuando como representante do interesse público; o que se busca é a defesa da Constituição. Nesse sentido, a jurisdição constitucional consagra o interesse público, ao contrário da jurisdição ordinária.

A jurisdição constitucional é consectário lógico da democracia, na medida em que o controle caminha ao lado desse regime. O desenvolvimento da democracia é proporcional ao sistema de controle, expressando-se pela fórmula maior democracia, mais controle.¹¹

Cumpra observar os métodos de seletividade que o STF utiliza para admitir e julgar os recursos constitucionais somente em matérias dotadas de repercussão geral, restringindo, explicitamente, a possibilidade de os cidadãos pleitearem questões em sede de controle difuso perante o STF. Sendo assim, nota-se esvaziamento do

¹¹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

controle difuso e consequente aumento do controle concentrado, sendo defendido por alguns ministros do STF como o mais representativo no atual cenário constitucional brasileiro da defesa dos direitos e garantias fundamentais. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e emendas constitucionais posteriores, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade ganhou força, cuja justificativa foi a aptidão para a defesa dos direitos e garantias fundamentais.¹²

Os argumentos favoráveis referentes ao sistema concentrado no Tribunal Constitucional enfatizam que a interpretação realizada no STF é dotada de relevância em virtude da roupagem de guardião da Constituição, conforme os preceitos do art. 102, da CF, comportando a última palavra acerca da interpretação das normas constitucionais, sendo que, neste diapasão, interpretações opostas implicariam no enfraquecimento da força normativa da Constituição.¹³

Sob outro prisma, está a visão crítica acerca da tendência do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a qual adota a “teoria do agir comunicativo” de Habermas como marco teórico, sustentando a corrente procedimentalista que “a Constituição não pode ser identificada como um projeto fixo e unilateral da Assembleia Constituinte, mas como algo que se constrói cotidianamente por uma sociedade”. Desta forma, o sistema de controle concentrado enfraqueceria a proteção dos direitos fundamentais e abalaria as bases do próprio Estado Democrático de Direito.¹⁴

Dentre as características do sistema de controle concentrado de constitucionalidade se destacam, ainda, a natureza política de seu conteúdo, pelo conteúdo declaratório da sentença, bem como pela natureza objetiva do processo. Neste diapasão leciona Eduardo Appio:

O processo de controle concentrado é de natureza política, pois a atuação do Supremo Tribunal tem por finalidade assegurar a supremacia da Constituição Federal, a qual

¹² BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 7 nov. 2017.

¹³ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 252.

¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas, ação estratégica e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 224-225.

expressa um pacto de natureza política. A sentença prolatada no controle concentrado é de natureza declaratória, uma vez que a nulidade *ab origine* impede a produção de efeitos jurídicos válidos, devendo ser declarada pela Corte. Esta sentença, inclusive, possui natureza dúplice, na medida em que prevalece o entendimento objetivo do Supremo Tribunal no que tange à validade da lei impugnada, não estando vinculado ao pedido das partes, podendo declarar a constitucionalidade da lei mesmo que o autor pretenda providência inversa. Finalmente, trata-se de processo objetivo, no tocante às ações que tenham por finalidade assegurar a compatibilidade material da lei com a Constituição ou ainda quando a compatibilidade formal não esteja vinculada à preservação da própria competência legislativa do autor da ação. Em relação ao interesse de agir visando a proteção das prerrogativas legislativas, cumpre assinalar que, muito embora a posição do Supremo Tribunal seja pacífica no sentido de que o interesse das partes é irrelevante, impõem-se alguns temperamentos a este posicionamento.¹⁵

Nota-se que o processo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, aparentemente não se mostra eficaz para englobar um debate amplo a respeito de questões constitucionais, englobando a população em geral, mas se mostra apto a protagonizar ADIs direcionadas à defesa dos interesses corporativos em desfavor do interesse comum à coletividade. Sendo assim, a ampliação do rol dos legitimados na Carta Magna de 1988, tornou o controle concentrado mais aberto, porém vazio em razão dos interesses corporativos prevalecerem sobre a defesa dos interesses fundamentais. Ou seja, observa-se, de forma intuitiva, que o controle concentrado interessa basicamente aos legitimados no rol constitucional. Ademais, os dados colhidos na pesquisa empírica demonstram que o controle realizado mediante ADIs não interessa grande parte dos legitimados, uma vez que não há frequente utilização e nem eficácia do modo utilizado. No universo processual analisado, apenas menos de 2% das ADIs foram ajuizadas de forma restrita pelo Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e as Assembleias Legislativas estaduais.¹⁶

¹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 96.

¹⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2509541>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

O controle de constitucionalidade incidental difuso prevaleceu de forma expressa no berço constitucional, porém de forma indireta, na obediência do cabimento de recurso extraordinário, implicando em evidente possibilidade da declaração de inconstitucionalidade por magistrados e tribunais. No que diz respeito ao controle principal (por ação direta) e concentrado, contemplou-se duas formas distintas, conforme a visão de Luís Roberto Barroso:

a) perante o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal – e, já agora, também da ação direta de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3/93 (art. 102, I, a);

b) perante o Tribunal de Justiça do Estado, quando se tratar de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º).¹⁷

Desta maneira, o controle de constitucionalidade difuso visa impulsionar a desconcentração da fiscalização constitucional, ou seja, ao invés de um único órgão verificar a jurisdição constitucional, esse sistema legitima todos os órgãos do Poder Judiciário para fiscalizar a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais, permitindo juízes e tribunais o poder de declarar incidentalmente, no momento do julgamento das demandas que lhes são pertinentes, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer esfera de governo. O objetivo principal do controle difuso não almeja invalidar normas jurídicas, mas sim solucionar a demanda pendente acerca de qualquer interesse subjetivo, cujo reconhecimento de inconstitucionalidade normativa alcançará apenas as partes envolvidas no processo.¹⁸

Sendo assim, o controle via exceção (ou difuso), onde qualquer interessado poderá levantar questão inconstitucional, em qualquer processo, independentemente do juízo que se encontrar, faz transparecer o momento liberal que as instituições vivem, sendo possível questionar se trata de um momento liberal com roupagem

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88.

¹⁸ PUCCINELI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151-152.

arbitrária, tendo em vista a falácia da supremacia judicial acerca de determinadas interpretações constitucionais, desfavorecendo a interação e o diálogo sociais, em descompasso com o vigor da força normativa constitucional em virtude do cunho antidemocrático.

Sob a ótica de Paulo Bonavides, o controle por via de exceção é a arma mais poderosa do cidadão para combater os atos normativos do Poder, em virtude de que toda controvérsia constitucional contida na demanda vinculada à violação de direitos individuais, haverá sempre a possibilidade da via recursal para o ofendido. Dito isto, extrai-se de seus ensinamentos:

A latitude de iniciativa da sindicância de constitucionalidade, em se tratando da via direta, é decisiva para marcar-lhe a feição liberal ou estatal, democrática ou autoritária, em ordem a determinar se o controle se faz com o propósito de atender aos fins individuais ou aos interesses do Estado, interesses que tanto podem exprimir uma necessidade de harmonia na relação entre os distintos órgãos da soberania como um impulso de expansão e hegemonia de um dos poderes, nomeadamente o Executivo.

Como o controle por via de ação em alguns sistemas constitucionais fica reservado unicamente à iniciativa do Poder, seu emprego pode constituir um esforço ou até mesmo um abuso do Poder Executivo, em dano da competência parlamentar. Se a iniciativa do controle é porém menos rígida, mais aberta, mais flexível, dela podendo participar os cidadãos, a sindicância de constitucionalidade toma pela via direta feição incontrastavelmente democrática, senão liberal, porquanto permite ao indivíduo atuar numa esfera conducente ao controle dos atos do poder.¹⁹

Sob outra ótica, é possível observar como fragilidade do critério de constitucionalidade difuso o fato dos efeitos desiguais aos litigantes em diferentes processos de aferição de constitucionalidade em um caso concreto, fomentando o confronto de sentidos e conteúdos normativos.²⁰

A teoria de Peter Häberler idealiza uma interpretação constitucional dinâmica e variada, almejando um processo aberto aos indivíduos de um Estado. Sobre as virtudes da teoria de Häberler, Gilmar Mendes e Ives Gandra lecionam que:

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 333.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 60.

Reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura.

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.²¹

Diante do ensinamento exposto acima, extrai-se a impossibilidade de restringir os intérpretes constitucionais em um rol inflexível, engessado e limitado e, ainda assim, quando a interpretação constitucional visa propositalmente expurgar possíveis contradições entre quaisquer princípios do sistema normativo.

4 A MÁCULA ENTRE A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA JUDICIAL ANTE O DEFICIENTE DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL

A democracia visa coibir a defesa desigual de interesses. Sendo assim, a jurisdição constitucional constitui o meio adequado para tutelar os interesses da minoria contra possíveis violações de seus direitos, almejando o combate de uma ditadura da maioria, bem como a ditadura da minoria, o que de fato não se traduz sadio ao bem comum e à paz social. Desta forma, a democracia se reafirma pela resolução de controvérsias e controle do poder, aspectos estes ligados à jurisdição constitucional, o qual constitui o consenso social, fortalecendo o pilar democrático.²²

Mas de fato não é bem isso que ocorre nos dias atuais. O estudo empírico realizado acerca do sistema controle concentrado de constitucionalidade exposto anteriormente demonstra a fragilidade do sistema, quando exposta a forte tendência das instituições acerca da proteção de seus interesses corporativos internos, o que contrasta quando comparado ao descompasso entre teoria e prática da tutela realizada perante a proteção dos direitos e garantias fundamentais inerentes à coletividade.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 165.

²² SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

É válido destacar a opinião de Ives Gandra da Silva Martins para fomentar o debate acerca da compatibilidade da jurisdição constitucional e o sistema democrático:

Um sistema que admite o conflito de opinião e a pluralidade de interesses como legítimo somente poderá subsistir se houver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos. Se a controvérsia tiver por objeto o próprio método de solução dos conflitos, então não está o sistema democrático livre da ameaça de instabilidade e de tumultos no seu funcionamento. Tal colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema.²³

No entanto, cumpre salientar que a atividade jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal Federal visa adotar princípios jurídicos que irão direcionar as decisões políticas, pois a normatividade que a Constituição emana impõe supremacia do sistema jurídico sobre o sistema político-econômico, principalmente no que implica medidas interventivas estatais na sociedade. Dito isto o STF adere uma roupagem de órgão que prolata decisões que influem no desenvolvimento e desfecho do sistema político. Tendo em vista estas premissas, uma vez que o desejo da jurisdição constitucional consiste em controlar os atos proferidos pelos demais Poderes, firmando a última palavra acerca da interpretação constitucional principiológica, almejando os demais agentes econômicos, ambiciosamente, o “exercício de um efetivo controle das decisões do STF, que envolvem a discussão de políticas públicas, pondo-se em destaque a questão da legitimidade da Corte.”²⁴

O maior desafio consiste na multiplicidade de facetas do STF, uma vez que há nítida divisão interna, onde os Ministros emitem seus pontos de vista individuais acerca de determinada discussão, sem o intuito de mesclar a diversidade opinativa que há na sociedade. Diante disso, nota-se uma tendência ao enfraquecimento da

²³ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado da constitucionalidade*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

²⁴ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 54.

relação dialógica, pois nem no âmbito interno da Suprema Corte há fomento ao diálogo, mas sim foco na carreira individualista por seus Ministros, sem interação ou desafio entre seus votos. Neste mesmo diapasão, a obra “Onze Supremos”, cujo título é bastante intuitivo, demonstra a roupagem individualista do diálogo no âmbito do STF, vejamos:

Um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual. Apropriação individual de um poder institucional. Para entender o Supremo, neste ano de crise econômica e política, não basta entender o que o tribunal fez. É preciso analisar o que deixou de fazer – e deveria ter feito. O Supremo é o resultado de sua ação e omissão, presença e ausência, em ao menos dois níveis. Primeiro, sua agenda postergada, invisível, é tão importante quanto sua agenda formalizada e visível. Segundo, o tribunal resulta também da tensão entre sua ação institucional e o comportamento individual – quase sempre discricionário – de seus ministros. Nos dois níveis, observamos uma dinâmica similar: o plenário é sitiado de todos os lados pela ação individual de ministros. Positivamente, atuam para decidir temas que consideram importantes, mas fora do controle do plenário. Negativamente, atuam na formação da agenda, para evitar que certos temas sejam objeto de qualquer decisão.²⁵

No tocante ao discurso dialógico brasileiro, o ideal é que seja permeado pelo fomento normativo e integral da Constituição, visando o alcance de todas as dimensões e esferas sociais. Desta forma, a compreensão da normatividade no âmbito de um sistema, antes de concluir e fechar as realidades jurídica e social em departamentos estagnados deve buscar e possibilitar o diálogo institucional perante a coletividade, concretizando assim uma composição dialética diante dos dados normativos constitucionais e a realidade política, social e econômica.²⁶

No padrão constitucional contemporâneo, o qual exalta os valores e princípios na estruturação do sistema jurídico, ocorre nítida inversão do sistema de controle firmado pelo liberalismo. Ou seja, “os juízes passam a controlar a atividade exercida pelo Poder Legislativo, sendo que até então, em razão da supremacia da lei, expressão da vontade coletiva, o legislador é que controlava a atividade do juiz”. Sob

²⁵ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra, 2017. p. 21.

²⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 97.

essa ótica, ocorre expansão do interesse pelo poder de autocontrole das Cortes Constitucionais, na medida em que o próprio Tribunal passa a alterar o conteúdo da Constituição, aumentando-se a possibilidade de “nos depararmos com um governo de homens e não de leis”, conforme ressalva de Karl Doehring.²⁷

A abordagem puramente normativa baseia-se excessivamente no papel conferido a cortes e juízes. Desta maneira, o diálogo promovido se volta ao Poder Judiciário, ignorando o importante papel dos demais atores legitimados neste diálogo. Sendo assim, para que o diálogo não dependa do mero voluntarismo de cada Poder ou de seus membros, previsões normativas se tornam necessárias para fomentar e proporcionar o diálogo. As previsões normativas dialógicas não devem impor a primazia de um sobre o outro, mas forçar um cuidado e critério interpretativo, sempre aberto às proposições vindas dos outros intérpretes e aplicadores da Constituição.²⁸

Conrado Hübner Mendes leciona que a defesa da perspectiva do diálogo interinstitucional é aquela que não vislumbra uma oposição entre os Poderes. O exercício do controle de constitucionalidade não se opõe e nem se sobrepõe ao exercício legislativo, reiterando que:

O desafio é mostrar como, apesar da expertise ser uma variável importante no desenho institucional, a insistência sobre quem deve ter a última palavra é algo ilusório, além de improdutivo. A melhor interpretação sobre a Constituição e a melhor decisão, seja ela jurídica ou político-legislativa, não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre elas e da busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos.²⁹

A reivindicação consiste em encarar a Constituição como um documento normativo, cujo significado é construído e reconstruído a cada dia, diante da atuação de diversos atores e pelos Poderes da República. Ou seja, o método não consiste em limitar a uma interpretação hermenêutica e nem engessar o entendimento das

²⁷ APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Juruá: Curitiba, 2005. p. 55.

²⁸ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 151.

²⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

instituições por uma interpretação rígida e estática de separação entre os Poderes. Pelo contrário, o ideal é fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente a juízes, cortes e representantes, fortalecendo o diálogo popular. Sendo assim, a guarda da Constituição Federal pelo STF não consiste em firmar em definitivo o que é a Constituição, pois a guarda da Carta Magna consiste na competência para decidir e expressar o seu entendimento acerca do significado constitucional. Desta forma, ao invés do STF dá a última palavra a respeito da interpretação constitucional, exercerá a sua competência decisória para dizer como compreende a Constituição, desta maneira, fundando a legitimidade de sua decisão na essência democrático-deliberativa e não no mero exercício formal de sua competência.³⁰

É válido ressaltar a ótica de Roberto Gargarella acerca do reforço do debate dialógico:

Os juízes e cortes estão situados em uma posição privilegiada para fazer com que sejam incluídas e escutadas as vozes e interesses daqueles que, em geral estão alijados do processo democrático. Juízes e cortes, dessa forma, podem aperfeiçoar a arena democrática justamente onde o processo democrático se mostra mais débil. Juízes e cortes podem evitar, por exemplo, a ausência de pontos de vista necessários, a fim de que decisões públicas não sejam tomadas por alguns poucos - em geral uma elite dominante -, mas que sejam o produto de um debate entre iguais.³¹

Em suma, o monopólio interpretativo perante a supremacia judicial exercida pelos juízes e Cortes concernente ao atual cenário do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, demonstra que a seletividade prevalece a respeito dos interesses que serão tutelados pelo controle constitucional em comento, uma vez que os agentes legitimados visam fortalecer o controle federativo e seus próprios interesses institucionais e não a eficácia dos direitos fundamentais, retraindo-se à interação dialógica com a sociedade através de decisões de cunho equivocadamente definitivo.

³⁰ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 164-165.

³¹ GARGARELLA, Roberto. *Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights*. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Org). *Social and economic rights in theory and practice: critical assessment*. London & New York: Routledge, 2015. p. 106.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do conteúdo explanado, nota-se que o mecanismo de controle constitucional concentrado, bastante defendido por doutrinadores como o sistema ideal, se mostra deficiente em virtude da distância substancial da pretensão original, a qual busca a aplicação dos direitos e garantias fundamentais perante a coletividade. Trata-se, portanto, de discurso ilusório quando se afirma que o sistema de controle de constitucionalidade trouxe ao Brasil um elevado patamar de defesa da Constituição, notando-se que o STF tem decidido predominantemente pelo êxito dos interesses de determinadas corporações e pouco atuado na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, o processo seletivo das questões constitucionais mediante o sistema de controle concentrado depende de uma “filtragem” a ser exercida pelos legitimados ativos, os quais, como demonstrado na pesquisa empírica citada no presente estudo, evidenciou a forte tendência da tutela dos direitos corporativos das instituições, em desfavor da tutela dos direitos e garantias fundamentais em prol da coletividade, traduzindo total descompasso com a força normativa da Constituição e seus preceitos legais. Sendo assim, o controle difuso/concreto tenta assumir uma espécie de recuperação da legitimidade das decisões judiciais a partir de um debate democrático que visa envolver toda a coletividade.

O debate constitucional brasileiro precisa ser ampliado até o alcance dos atores sociais até então excluídos da vida política do país, assegurando a essência normativa da Constituição, a qual não será alcançada com a preponderância do atual controle de constitucionalidade vigente no Brasil (controle concentrado).

O monopólio interpretativo perante a supremacia judicial exercida pelos juízes e cortes concernente ao atual cenário do sistema de controle de constitucionalidade, demonstra-se retraído à interação dialógica com a sociedade através de decisões de cunho equivocadamente definitivo, que em verdade deveriam possuir uma roupagem provisória, fomentando, desta forma, o caráter antidemocrático diante da exclusão social nas decisões estatais.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 7 nov. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o Supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: 2017.
- GARGARELLA, Roberto. Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Org). *Social and economic rights in theory and practice: critical assessment*. London & New York: Routledge, 2015.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.
- PUCCINELI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO UM INSTRUMENTO DE MITIGAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DA NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL

Eleonora Aparecida Vasconcelos Santana¹

Resumo

Este trabalho discorrerá sobre as diferenças marcantes entre a teoria da nulidade da norma inconstitucional, surgida com John Marshall e adotada no Brasil, e a teoria da anulabilidade, concebida por Hans Kelsen. A partir daí, será demonstrado como a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade colocada à disposição do Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, constitui um instrumento de verdadeira mitigação do princípio da nulidade, na medida em que põe em prática os preceitos da teoria kelseniana da anulabilidade. Em consequência, será defendida a adoção de um modelo híbrido, ou misto, no que se refere à definição da natureza do ato inconstitucional no Brasil.

Palavras-chave: Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Mitigação. Teoria da nulidade.

Abstract

This work will discuss about the remarkable differences between the nullity theory of the unconstitutional norm, emerged with John Marshall and incorporated in Brazil, as well as the annulment theory conceived by Hans Kelsen. From then on, it will be demonstrated how the possibility of modulation of the effects in the unconstitutionality declaration provided by the Federal Supreme Court, foreseen in article 27 of Law number 9.868/99, constitutes in an instrument of true mitigation of the nullity principle, as far as puts into practice the precepts of the kelsenian theory of annulment. As a result, it will be defended the adoption of a hybrid model, or conjoined, on what refers to the nature's definition of the unconstitutional act in Brazil.

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Empresarial e Direito dos Contratos (*lato sensu*) pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Associada do Escritório Hilário Vaz & Branquinho Advogados Associados (SHIS QL 14, Conjunto 05, Casa 02, Lago Sul, CEP: 71.640-055, Brasília-DF, Brasil). E-mail: <eleonora@hvb.adv.br>.

Keywords: Effects modulation of unconstitutionality declaration. Mitigation. Nullity theory.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL, DE MARSHALL, *VERSUS* A TEORIA DA ANULABILIDADE, DE KELSEN

Quando se fala na natureza que é atribuída à norma declarada incompatível com a Constituição Federal vigente - a natureza adquirida pela norma inconstitucional - tem-se em liça dois pensamentos doutrinários que norteiam os diversos ordenamentos e práticas do Direito Constitucional ao redor do mundo: a teoria da nulidade, inaugurada por John Marshall ao julgar o emblemático caso *Marbury v. Madison* e a teoria da anulabilidade, concebida por Hans Kelsen.

Como é sabido, o princípio da nulidade, que predomina nos Estados Unidos, também é o majoritariamente aceito e adotado no Brasil, e foi por aqui difundido através dos ensinamentos de Rui Barbosa. Como dito, ele foi criado no específico contexto do julgamento do caso *Marbury v. Madison* (1803) no qual o chefe da Suprema Corte Americana à época, John Marshall, em uma articulação política para valorizar a atuação do Judiciário frente aos demais Poderes, definiu que: "um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei".

Nesse sentido, foram fixadas as bases do que se convencionou chamar de teoria da nulidade - teoria clássica - segundo a qual a norma reconhecida como inconstitucional possui a nulidade em sua essência, ou seja, ela já "nasce morta", é inexistente dentro do ordenamento jurídico desde a sua elaboração. Assim, a decisão que decreta esta inconstitucionalidade detém efeitos retroativos (*ex tunc*) e caráter meramente declarativo.

O seguinte trecho extraído da decisão de Marshall traz o âmago da teoria da nulidade:

Ou a Constituição é a lei suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando agrada à legislatura. *Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, um ato legislativo, contrário à Constituição, não é lei (is not law); se a última parte é verdadeira, então as Constituições escritas são*

tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder, por sua própria natureza ilimitável. [...]

Um ato da legislatura, contrário (*repugnant*) à Constituição é írrito (*void*).²

Por sua vez, a teoria da anulabilidade, praticada na maioria dos Estados Europeus, foi uma importante inovação empreendida por Hans Kelsen à doutrina tradicional. Ele questionou o modelo então em vigor com a afirmação de que a lei inconstitucional "foi válida até a sua anulação" e de que ela, portanto, não poderia ser nula desde o seu nascedouro, resultando na conclusão de que a norma seria apenas *anulável*, ainda que esta anulabilidade, de acordo com o doutrinador vienense, pudesse ter diferentes graus.³

Nos escritos da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen discorreu acerca das diferenças entre os dois pensamentos, veja:

A afirmação de que uma lei válida é "contrária à Constituição"(anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição [...] dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. [...]

Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como "declaração de nulidade", quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como "nula desde o início" (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo.⁴

Logo, dentro da sistemática da tese kelseniana, a decisão que estabelece a inconstitucionalidade de determinada lei surte efeitos a partir daquele instante, ou seja, possui eficácia *ex nunc*, e tal ato decisório, obviamente, é dotado de natureza constitutiva. Em arremate, é mister concentrar as atenções nas lições de Mauro Cappelletti, que, atribuindo à teoria da anulabilidade a alcunha de "modelo austríaco", joga ainda mais luz sobre as distinções entre os dois sistemas de controle:

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 219.

³ Para Kelsen, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 300; 306- 307.

No primeiro - a lei inconstitucional, na medida que se considera contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*), e, em consequência, ineficaz, de modo que o juiz que exerce a faculdade de controle, não anula, mas simplesmente declara uma nulidade (preexistente) da lei inconstitucional.

No ordenamento austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (*aufhebt*) uma lei que até o momento em que a sentença da Corte se publica, é válida e eficaz, não obstante a sua inconstitucionalidade.⁵

Realizadas estas breves ponderações quanto às duas teorias que circundam o contencioso de constitucionalidade, e frisando que o Brasil é adepto do princípio da nulidade de Marshall, passa-se a evidenciar como o instituto da restrição ou da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade previsto na Lei nº 9.868/99, contraditoriamente, mais se aproxima da tese da anulabilidade de Kelsen.

2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A MITIGAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE DE MARSHALL: SISTEMA HÍBRIDO, QUE MESCLA A TEORIA DA ANULABILIDADE DE KELSEN

A Lei nº 9.868/99 surgiu para regulamentar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade intentadas perante o Supremo Tribunal Federal. Seguindo o modelo aplicado no Direito português, nela está prevista uma autorização expressa para o STF modular os efeitos da decisão que afirma a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, dentro do controle concentrado, para que estes efeitos (i) se operem de forma restritiva, (ii) apenas a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*) ou (iii) a partir de qualquer outro momento fixado na decisão (*pro futuro*).

Isto é, a declaração de inconstitucionalidade que sempre possuiria eficácia *ex tunc*, retroagindo à elaboração da norma, incorporou formalmente o potencial para

⁵ CAPPELLETTI, 1996 *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 230-231.

adquirir os efeitos que a maioria da Corte Suprema entender pertinentes conforme cada caso. É o que reza o art. 27 da Lei nº 9.868/99, veja:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Vale transcrever as lições do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em relação ao art. 27 da Lei 9.868, pois ele se preocupa em destrinchar, claramente, todas as possibilidades/significados a serem colhidos de sua redação, confira-se:

Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões: a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); e, eventualmente, c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade = restrição de efeitos).⁶

Assim, afere-se que, muito embora o legislador tenha estabelecido limites para a modulação, condicionando-a ao atendimento do quórum de dois terços (2/3) dos membros do Supremo e à presença das chamadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, ele acabou prevendo um novo tipo de decisão que, por óbvio, foge aos parâmetros da tradicional teoria da nulidade de Marshall, agasalhada pela esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência nacional.

Afinal, conforme dito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁷ o art. 27 possibilita que se reconheça *validade e eficácia* ao ato inconstitucional, salvaguardando-se os efeitos por ele já operados e conservando-se a sua aptidão,

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1386.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 217-236, out./dez. 2002. p. 225.

inclusive, de produzir efeitos para o futuro. Para ele, cuida-se de verdadeira convalidação do ato inconstitucional, concluindo que o reconhecimento da inconstitucionalidade, portanto, não implica na necessária nulificação da norma contrária à CF.

Em absoluto respeito aos que propagam ideia em sentido oposto, parece ser lógico que a decisão de inconstitucionalidade com efeitos modulados, ao deixar de irradiar eficácia *ex tunc* para desconstituir tudo o que foi edificado com base (e desde) a elaboração da norma essencialmente nula, acaba conferindo um caráter de *anulabilidade* à esta norma. É que, embora ela seja considerada inconstitucional, aceita-se que tenha plena validade dentro de um determinado lapso de tempo para, só então, ser cassada ou retirada do ordenamento.

Por conseguinte, deve-se admitir que estas características próprias do instituto da modulação dos efeitos, que, inclusive, igualmente é operado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade em virtude de construção jurisprudencial, afastam a natureza da norma inconstitucional da teoria da nulidade, na medida em que representam a materialização pura da teoria da anulabilidade de Kelsen.

Para vislumbrar um exemplo de como o pensamento do filósofo vienense é inteiramente empregado nos casos em que o STF se vale do art. 27 da Lei 9.868/99, cita-se o da ADI 3.819/MG,⁸ na qual foi decretada a inconstitucionalidade de dispositivos de leis do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar 65 e Leis 15.788 e 15.961) que cuidavam da investidura e do provimento na carreira de Defensor Público Estadual através da transposição de servidores públicos ocupantes de cargos de naturezas diferentes, sem a realização de concurso público específico para as funções.

Na oportunidade, tendo em vista que a pronúncia da nulidade da lei estadual acarretaria a imediata exoneração dos nomeados ou sua recondução aos cargos para os quais haviam feito concurso, o Supremo Tribunal Federal optou por fixar um

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3.819-2/MG. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

limite temporal de 06 (seis) meses a partir da prolação do acórdão para que, só então, a decisão passasse a surtir os chamados efeitos prospectivos. Dentre os argumentos utilizados, sublinha-se o de que a Defensoria Pública de Minas estaria com o contingente reduzido, o que se agravaria sobremaneira com o a pronto afastamento de parte dos seus membros.

Isto é, conquanto tenha sido admitida a inconstitucionalidade das aludidas leis estaduais, o Excelso Pretório não se restringiu a declarar a nulidade das mesmas com eficácia *ex tunc*, como sucederia em decorrência da aplicação do princípio da nulidade, mas resolveu atribuir-lhes a característica da anulabilidade, convalidando-as ou mantendo-as eficazes até o fim do marco temporal estipulado (efeitos *pro futuro*).

Confira-se o que discorreu o Ministro Gilmar Mendes a respeito da temática da modulação ao proferir o seu voto no julgamento do RE 364.304-AgR, desenvolvendo ponderações relevantes ao presente debate e citando outros exemplos nos quais se recomendaria a utilização do art. 27:

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *'the unconstitutional statute is not law at all'*, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o 'apelo ao legislador' e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da

teoria da nulidade tout court? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).⁹

De tudo que foi dito, conclui-se que se trata apenas de admitir que o princípio da nulidade não mais define, de forma exclusiva, a natureza do ato inconstitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, até mesmo porque este fenômeno de mitigação da teoria clássica não está restrito ao art. 27 da Lei 9.868/99. De fato, há amplos e variados exemplos de que, neste particular, estamos inseridos em um sistema híbrido, ou misto, que ora faz valer a teoria da nulidade, ora a da anulabilidade.¹⁰

Por consequência, renovando-se as vênias, entende-se que não passa de mero artifício retórico qualquer posição que não reconheça esse movimento de

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário. *AgRE nº 364.304/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 3 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390094>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

¹⁰ "Nosso ordenamento jurídico permite, por exemplo, a declaração de nulidade parcial, hipótese em que somente os dispositivos inconstitucionais serão declarados nulos e não a totalidade da lei. Outra técnica existente é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. O Tribunal poderá, portanto, considerar inconstitucional uma hipótese de aplicação da lei, sem que haja alteração alguma no texto normativo. Na interpretação conforme a constituição, por sua vez, o juiz ou Tribunal, no caso de haver duas interpretações possíveis de uma lei, deverá optar por aquela que se mostre compatível com a constituição. Portanto, o Tribunal declarará a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com o texto constitucional". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Controle de constitucionalidade: modulação de efeitos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2017.

relativização da teoria clássica de Marshall que vem se firmando no Brasil, o qual, cabe dizer, possui importância ímpar em razão de fatores como a atual posição assumida pelo Poder Judiciário e pelo controle de constitucionalidade dentro do cenário político nacional. Afinal, nunca se discutiu tanto a politização da justiça e o que este fenômeno acarreta para a sociedade de uma maneira geral.

Apesar de não ser o objetivo do presente trabalho adentrar nesta questão, não se pode deixar de observar que, ao conferir ao Supremo o poder de definir o que são razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social - termos extremamente abrangentes por natureza e que comportam interpretações subjetivas - a previsão do art. 27 da Lei 9.868/99 abre as portas para que aquela Corte decida de acordo com a posição pessoal de seus membros ou segundo os interesses de cada um, ainda que em afronta ao texto constitucional.

Em outras palavras, ao mitigar a teoria da nulidade seguindo os parâmetros estipulados para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, corre-se o risco de originar decisões mais políticas do que propriamente jurídicas, que mais se aproximem da atividade de legislar do que a de decidir, que deveria ser indissociável do Poder Judiciário.

3 CONCLUSÃO

A quase totalidade da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal propagam a posição de que o controle de constitucionalidade praticado no Brasil adota a teoria da nulidade da norma inconstitucional concebida por John Marshall, em detrimento da teoria da anulabilidade de autoria de Hans Kelsen. Em suma, essa opção se traduz em decisões de caráter simplesmente declaratório - nas quais se reconhece a nulidade absoluta da norma contrária à Constituição - e que, dotadas de eficácia *ex tunc*, retroagem ao nascedouro da lei.

Não obstante, tanto o ordenamento jurídico, quanto as decisões da nossa Corte Maior, foram se moldando de forma a afastar o emprego da teoria clássica em determinadas situações, como sucede com a emblemática previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Conforme visto, este dispositivo expressamente autoriza a modulação

dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo concentrado – o que também vem se estendendo ao modelo difuso – desde que a decisão seja tomada por dois terços (2/3) dos membros do STF e se façam presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Trocando em miúdos, a sistemática da modulação deu ao Supremo Tribunal Federal o que o Ministro Luís Roberto Barroso chama de "margem de manobra", para, apesar de decretar a inconstitucionalidade da lei, ter a possibilidade de definir a partir de quando as consequências desta decisão aconteçam: (i) desde o seu trânsito em julgado (eficácia *ex nunc*), (ii) a partir de algum momento a ser estabelecido na própria sentença (efeitos *pro futuro*) ou inclusive (iii) que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (restrição de efeitos).

Assim, é evidente a conclusão de que tal instrumento colocado à disposição dos Ministros relativiza a tradicional teoria da nulidade norte-americana para colocar em prática os ensinamentos de Kelsen quanto à natureza de anulabilidade intrínseca à norma inconstitucional. Afinal, ainda que por certo período de tempo, a modulação garantirá plena validade e eficácia à lei conflitante com o texto da Constituição, a qual será cassada, mas não totalmente nulificada desde a sua elaboração.

Por conseguinte, através do exemplo insculpido no art. 27 da Lei nº 9.868/99, o presente trabalho buscou afastar a falsa retórica dos que insistem no argumento de que o princípio da nulidade continua preponderando de maneira incólume no Brasil. Em conclusão, é imperioso admitir que a natureza do ato inconstitucional dentro no nosso ordenamento adquire um caráter híbrido, ou misto, ora materializando o princípio da nulidade, ora a teoria da anulabilidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3.819-2/MG. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau Brasília, 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário. AgRE nº 364.304/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 3 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390094>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Controle de constitucionalidade*: modulação de efeitos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2017
- CAPPELLETTI, Mauro. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 217-236, out./dez. 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ACESSO À JUSTIÇA: A DEFENSORIA PÚBLICA E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Alana Laís da N. B. Oliveira¹

Resumo

A Defensoria Pública para o cumprimento do dever de garantia de direitos e ao acesso à justiça para os necessitados, prestando auxílio no labor diário, objetivando o aprimoramento e uniformização do sistema de atendimento destinado ao público hipossuficiente, vem lutando para ter legitimidade ampla no Controle Concentrado de Constitucionalidade, pois o legislador constituinte foi omissivo no que concerne à legitimação do Defensor Público-Geral União para manejar as ações relativas ao Controle Concentrado de Constitucionalidade, constantes no rol do art. 103, da Constituição Federal de 1988, o que restringe a capacidade de defesa dos hipossuficientes. Atualmente, a Defensoria Pública atua como *amicus curiae* no controle concentrado e tem legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública concedida pela lei nº. 11.448/2007 que alterou a redação do art. 5º, inciso II da Lei nº. 7.347/85, bem como legitimidade para pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula, que estão previstos no art. 3º, §1º, da Lei 11.417/06. Assim, para cumprir com integralidade a função essencial à justiça que lhe é atribuída, é necessária a democratização da legitimidade na jurisdição constitucional, ampliando o rol de legitimados do art. 103, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Ampliação do *Rol* de legitimados.

Abstract

The Public Defender's Office for the fulfillment of the duty to guarantee rights and access to justice for the needy, providing assistance in the daily work, aiming at the improvement and standardization of the service system for the hypo-subsistive public, has been struggling to have broad legitimacy in Concentrated Control of Constitutionality, since the constituent legislator was silent regarding the legitimacy of the Federal Public Defender to handle the actions related to the Concentrated Control of Constitutionality contained in the role of art. 103, of the Federal Constitution of 1988, which restricts the ability of the hypo sufficient. Currently, the Public Defender acts as *amicus curiae* in the concentrated control

¹ Advogada Civilista. OAB/DF 36696.

and has legitimacy for the filing of a Public Civil Action granted by law no. 11.448 / 2007 that changed the wording of art. 5, item II of Law no. 7,347 / 85, as well as legitimacy for a request for editing, revision or cancellation of a summary, which are foreseen in art. 3, paragraph 1 of Law 11,417 / 06. Thus, in order to fully fulfill the essential function of the justice assigned to it, it is necessary to democratize legitimacy in constitutional jurisdiction, broadening the legitimized role of art. 103, of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Public Defender. Concentrated control of constitutionality. Enlargement of the list of legitimized.

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública, em razão da sua importante atuação para a garantia de direitos fundamentais, é caracterizada como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, e conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 jurídica, ela é a “responsável pela promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que, a legitimidade para o controle concentrado não foi estendida ao Defensor Público-Geral Federal, o que restringe a capacidade de defesa dos hipossuficientes, pois o legislador foi omissivo quanto a legitimidade da Defensoria Pública da União em levar demandas ao Supremo acerca de questões relativas aos interesses dos necessitados. Dessa forma, é questionável a possibilidade de ampliação ao acesso à jurisdição constitucional abstrata, democratizando o rol de legitimados.

A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública foi um grande avanço legislativo e constitucional, pois foi demonstrado sua importância também como órgão na proteção dos direitos coletivos lato sensu, além de possuir o Defensor Público Geral Federal legitimidade para pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula, previstos no art. 3º, §1º, da Lei 11.417/06.

Assim, conferir legitimidade ativa ao Defensor Público-Geral Federal para participar do controle abstrato concentrado de constitucionalidade é um tema de grande debate entre juristas e no cenário político. Essa ampliação de legitimados é uma das propostas da PEC 144/07, pois não há fundamentação constitucional que

sustente a diferenciação entre os atuais legitimados do art. 103, da Constituição Federal de 1988 em omissão a atuação do Defensor Público-Geral Federal.

Nesse sentido, é notória a importância da defensoria pública no panorama jurídico nacional, pois diante de tantas desigualdades sociais, esta instituição é o designo da concretização da defesa da dignidade da pessoa humana, cidadania e inclusão social, para o acesso à justiça de forma democrática.

2 DEFENSORIA PÚBLICA: FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

A Defensoria Pública é uma garantia fundamental constitucional, pois sua atuação e missão institucional são imprescindíveis ao acesso à justiça e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, tanto em nível infraconstitucional como constitucional, pois a Defensoria Pública contribui para a formalização do Estado Democrático de Direito no acesso ao mínimo existencial, possuindo assim o mesmo status das demais instituições essenciais à Justiça. Sendo protegida por seus princípios institucionais da unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 3º, LC nº. 80/94).

A principal função da Defensoria Pública é sua atuação em defesa dos hipossuficientes, dos economicamente necessitados, dos que possuem vulnerabilidade econômica e de representatividade em todas as esferas de jurisdição, o art. 185 do novo CPC dispõe que “a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar n.º 80/94) consagra o seguinte:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela LC 132/2009).

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela LC 132/2009).

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela LC 132/2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela LC 132/2009).

A relação entre o direito processual e o direito material deve estabelecer um diálogo interdisciplinar, de modo a melhorar o exercício das atribuições profissionais dos defensores públicos. Nesse sentido, a Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, estendendo-se ao Defensor Público Geral da União.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

E de acordo com as funções que lhes foram atribuídas, a Lei nº. 11.448/2007, estendeu à Defensoria Pública a legitimação para a propositura de Ação Civil Pública (art. 5º, II, da Lei nº. 7.347/1985) e sua proteção dos direitos coletivos lato sensu, admitida como instrumento de controle de Constitucionalidade de forma incidental:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

II - a Defensoria Pública (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

A reforma do judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, juntamente com a reforma do processo civil concretizada pela Lei nº 13.105/2015, são importantes instrumentos de democratização do sistema de justiça.

Assim, a Defensoria Pública como uma instituição do sistema de justiça, tem a missão institucional de incentivar a utilização de mecanismos democrático e participativo de sua atuação no Controle Concentrado de Constitucionalidade.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA E OS LEGITIMADOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Defensoria Pública é a única das funções essenciais à Justiça que não possui participação na fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis², participando apenas como figura do *amicus curiae* (artigo 134 da CRFB, o artigo 4º da LC 80/94 e as disposições da legislação estadual ou distrital respectiva)³ nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, bem como em recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários submetidos à repercussão geral.

² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³ PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. *Defensoria e democratização processual através de Amici Curiae*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/tribuna-defensoria-importancia-atuacao-defensoria-publica-amicus-curiae#top>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

Defensoria Pública da União e das Defensorias Públicas estaduais como *amicus curiae* precisam demonstrar legítimo interesse e representatividade adequada.

Já em relação a legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública como órgão na proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei por Ação Civil Pública é meramente incidental, constituindo-se como verdadeira causa de pedir, *incidente tantum*, conforme o Recurso Especial 424993 DF.

Pode o Defensor Público Geral Federal também pedir a edição, revisão ou cancelamento de súmula, previstos no art. 3o, §1o, da Lei 11.417/06.

O art. 103 da Constituição Federal elenca os legitimados a ajuizarem ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e, por força do inciso I do art. 2º da Lei n º 9.882/99, argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Todos legitimados a ajuizarem alguma ação no controle concentrado de constitucionalidade estão listados no art. 103 da Constituição Federal de 1988. A única exceção é a ação direta interventiva (IF), que também é um instrumento do controle concentrado, mas só pode ser proposta pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 36, III da Constituição.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Defensoria Pública assume um novo papel no ordenamento jurídico, o que significa reconhecer que sua missão institucional merece interpretação ampliada, potencializando sua atuação.

Diante da previsão do Art. 103 da CF, iniciativas que busquem a ampliação do órgão para sua efetiva atuação como “instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” são muito debatidas entre juristas e legisladores, pois não se pode exigir do poder constituinte originário essa legitimação, tendo em vista que a Defensoria Pública da União só foi organizada com a Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45/2004, embora tenha efetuado alterações nos artigos sobre controle de constitucionalidade transcritos no artigo, não acrescentou o Defensor Público-Geral Federal⁴ no rol dos legitimados do art. 103, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a Defensoria Pública ainda encontra diversas dificuldades para a qualificação dos instrumentos de transformação social para desempenhar seu papel em prol dos direitos dos mais necessitados. Com o objetivo de ampliar seu desempenho a Proposta de Emenda Constitucional 487/2005 do Deputado Federal Roberto Freire do PPS/PE⁵, amplia atribuições à instituição. A PEC não propõe um inciso X no art. 103 da Constituição, mas a inclusão do chefe da DPU no inciso VI, junto com o PGR, da seguinte forma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VI - o Procurador-Geral da República e o Defensor Público-Geral da União”.

⁴ O art. 6º da Lei Complementar 80/94, que teve a redação modificada pela Lei Complementar nº 132/09, alterou o nome dos membros da Defensoria Pública da União. Agora, o chefe da instituição se chama Defensor Público-Geral Federal (e não mais da União). Os demais membros são Defensores Públicos Federais, de acordo com o art. 18 da LC 80/94;

⁵ SCHVARTZMAN, Felipe. *A legitimidade ativa do Defensor Público Geral Federal no controle concentrado de constitucionalidade: uma proposta de emenda constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/2308527-A-legitimidade-ativa-do-defensor-publico-geral-federal-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade-uma-proposta-de-emenda-constitucional.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Essa proposta desagradou a muitos, então nova PEC, a 144/07 foi apensada à PEC 487 - A/05⁶, ocorrendo então a substituição, pois tiraria o monopólio da legitimidade do Procurador-Geral da República para mover ação direta de inconstitucionalidade.

A Proposta de Emenda à Constituição em epígrafe visa a fortalecer a Defensoria Pública, criando-lhe, para tanto, uma Seção específica no Capítulo V – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título II – Da Organização dos Poderes. Nesse sentido, desmembra a Seção III do mesmo capítulo em duas novas seções, a saber: “III – Da Advocacia e IV – Da Defensoria Pública”, vez que a primeira se refere à atividade privada, enquanto a Defensoria Pública é parte do Poder Público. Na nova seção, a proposição trata minudentemente da instituição, promovendo, entre outras, as seguintes alterações no texto constitucional:

[...]

e) legitima o Defensor Público-Geral da União a propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade;

A nova PEC sugere alterar a redação do art. 103 da Constituição da seguinte forma:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: X - o Defensor Público-Geral Federal, nas causas relacionadas às suas competências.

No relatório de proposta de Emenda à Constituição o Dr. Eduardo Flores Vieira, então Defensor Público-Geral da União na época, reafirmou a importância da acolhida da PEC n.º 487-A, de 2005 e defendeu a tese de que o acesso à justiça pelos hipossuficientes não se “constitui em favor do Estado, mas sua obrigação. Afirmou também que a interiorização do Poder Judiciário, por si só, não garante o acesso à Justiça, mormente se esse movimento não é acompanhado da interiorização dos defensores públicos. Salientou ainda que a clientela potencial da Defensoria Pública é

⁶ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 487-A, de 2005*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/2025/PEC_487.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

constituída pelos noventa milhões de brasileiros que vivem com renda familiar de até dois salários mínimos”⁷.

Para Gilmar Mendes⁸, “tal restrição ao direito de propositura, além de não se compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição”.

Diante da ampliação do rol de legitimados do art. 103 da CF/88, espera-se, contribuir fundamentalmente, para o cumprimento do dever de garantia de direitos e ao acesso à justiça para os necessitados.

4 CONSTITUIÇÕES QUE PREVÊM A LEGITIMAÇÃO DO CHEFE DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL A PARTICIPAR DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE⁹

Como expressão do poder constituinte derivado, o controle abstrato de constitucionalidade perante a Constituição Estadual¹⁰ tem sua previsão constitucional no art. 125, §2º da Constituição Federal de 1988 “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão” e correspondência mínima com o art. 103 da Constituição Federal.

A doutrina majoritária entende ser possível ampliação do rol de legitimados, incluindo alguns que não guardam simetria com o art. 103 da CF, o Defensor Público - Geral do Estado é um deles.

⁷ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 487-A, de 2005*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/2025/PEC_487.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1270.

⁹ SILVA, Holden Macedo da. Proposta de nova legitimação ativa para o controle concentrado de constitucionalidade: o Defensor Público-Geral da União. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 568, jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6219/proposta-de-nova-legitimacao-ativa-para-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade/2>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹⁰ A LC nº.322/2009 acrescentou o art. 97-AA ao texto da LC nº.800/94, disciplinando que: “À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias [...]”.

Nesse sentido, a isonomia entre as funções essenciais à justiça e a democratização da legitimidade na jurisdição constitucional, já é consagrada em algumas Constituições Estaduais de alguns estados-membros¹¹. O chefe da Defensoria Pública é legitimado a participar do controle de constitucionalidade estadual¹², quais sejam:

4.1. Constituição do Estado do Ceará

Art. 127. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição: IV - o Defensor-Geral da Defensoria Pública;

4.2. Constituição do Estado do Mato Grosso

Artigo 124 - São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face desta Constituição: V - o Procurador-Geral da Defensória Pública;

4.3. Constituição do Estado do Rio de Janeiro

Art. 162 - A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo Governador do Estado, pela Mesa, por Comissão Permanente ou pelos membros da Assembleia Legislativa, pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Defensor Público Geral do Estado, por Prefeito Municipal, por Mesa de Câmara de Vereadores, pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação na Assembléia Legislativa ou em Câmara de Vereadores, e por federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

¹¹ SCHVARTZMAN, Felipe. *A legitimidade ativa do Defensor Público Geral Federal no controle concentrado de constitucionalidade*: uma proposta de emenda constitucional. Disponível em: <http://www.pucrio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Felipe_Schvartzman.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

¹² LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.; SILVA, Holden Macedo da. Proposta de nova legitimação ativa para o controle concentrado de constitucionalidade: o Defensor Público-Geral da União. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 568, jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6219>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

4.4. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul

Art. 95, § 1º - Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ou por omissão: IV - o Defensor Público-Geral do Estado;

Art. 95, § 2º - Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, ou por omissão:

VIII - o Defensor Público-Geral do Estado;

4.5. Constituição do Estado do Pará

Art. 162. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade de que trata o art. 161, I, I: IV - o Procurador-Geral da Defensoria Pública;

O modelo mais adequado para a correta compreensão e aplicação do direito material e processual na vivência jurídica da Defensoria Pública, é exatamente o de garantir acesso à Justiça como requisito fundamental dos direitos humanos e se identificando com a própria garantia da prestação jurisdicional em todo o processo jurídico. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que,

A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça”. (STF – Pleno – ADI nº 3700/RN – Relator Min. Carlos Britto, decisão: 15-10-2008).

5 CONCLUSÃO

Para a efetivação do Estado Democrático de Direito a todos, a ampliação dos legitimados aptos a propor ação no controle concentrado para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é imprescindível em uma sociedade tão desigual economicamente, socialmente e culturalmente. Daí a importância do Defensor Público-Geral Federal torna-se um dos legitimados do art. 103 da CF/88, pois essa atribuição engrandeceria ainda mais sua missão instrucional de defesa aos hipossuficientes e vulneráveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas (já restou sedimentado que a concessão da gratuidade judiciária às pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, é amplamente aceita pela jurisprudência dos tribunais superiores).

A sua função essencial à justiça e legitimidade no controle concentrado é imprescindível para a efetividade do princípio da isonomia no acesso à justiça. Pois atualmente ela só atua como *amici curiae* no processo de controle concentrado, nos recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários submetidos à repercussão geral e possui legitimidade para propositura de Ação Civil Pública e para pedido de edição, revisão ou cancelamento de súmula.

A defensoria pública tem trabalhado e colaborado em processos judiciais de grande repercussão, não há porque o legislador ficar omissos quanto a sua importância para postergar sua inclusão no rol de legitimados do art. 103 da CF/88, pois a eficácia dos direitos afeta com carácter geral todos os âmbitos da política pública, o que para Peter Häberle, caracteriza-se como a “sociedade aberta dos intérpretes”, pela qual democratiza-se a atividade das cortes de justiça.

Assim, para o aprimoramento e uniformização do sistema de atendimento destinado ao público hipossuficiente deve ser ampliado o rol de legitimados do art. 103, da Constituição Federal de 1988, atribuindo legitimidade ao Defensor Público Geral Federal nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, bem como nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 487-A, de 2005*. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/2025/PEC_487.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. v. 1.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PASSADORE, Bruno de Almeida; COSTA, Camille Vieira da. *Defensoria e democratização processual através de Amici Curiae*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/tribuna-defensoria-importancia-atuacao-defensoria-publica-amicus-curiae#top>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.
- SCHVARTZMAN, Felipe. *A legitimidade ativa do Defensor Público Geral Federal no controle concentrado de constitucionalidade: uma proposta de emenda constitucional*. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/2308527-A-legitimidade-ativa-do-defensor-publico-geral-federal-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade-uma-proposta-de-emenda-constitucional.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- SILVA, Holden Macedo da. Proposta de nova legitimação ativa para o controle concentrado de constitucionalidade: o Defensor Público-Geral da União. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/6219/proposta-de-nova-legitimacao-ativa-para-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade/2>>. Acesso em: 28 nov. 2017.