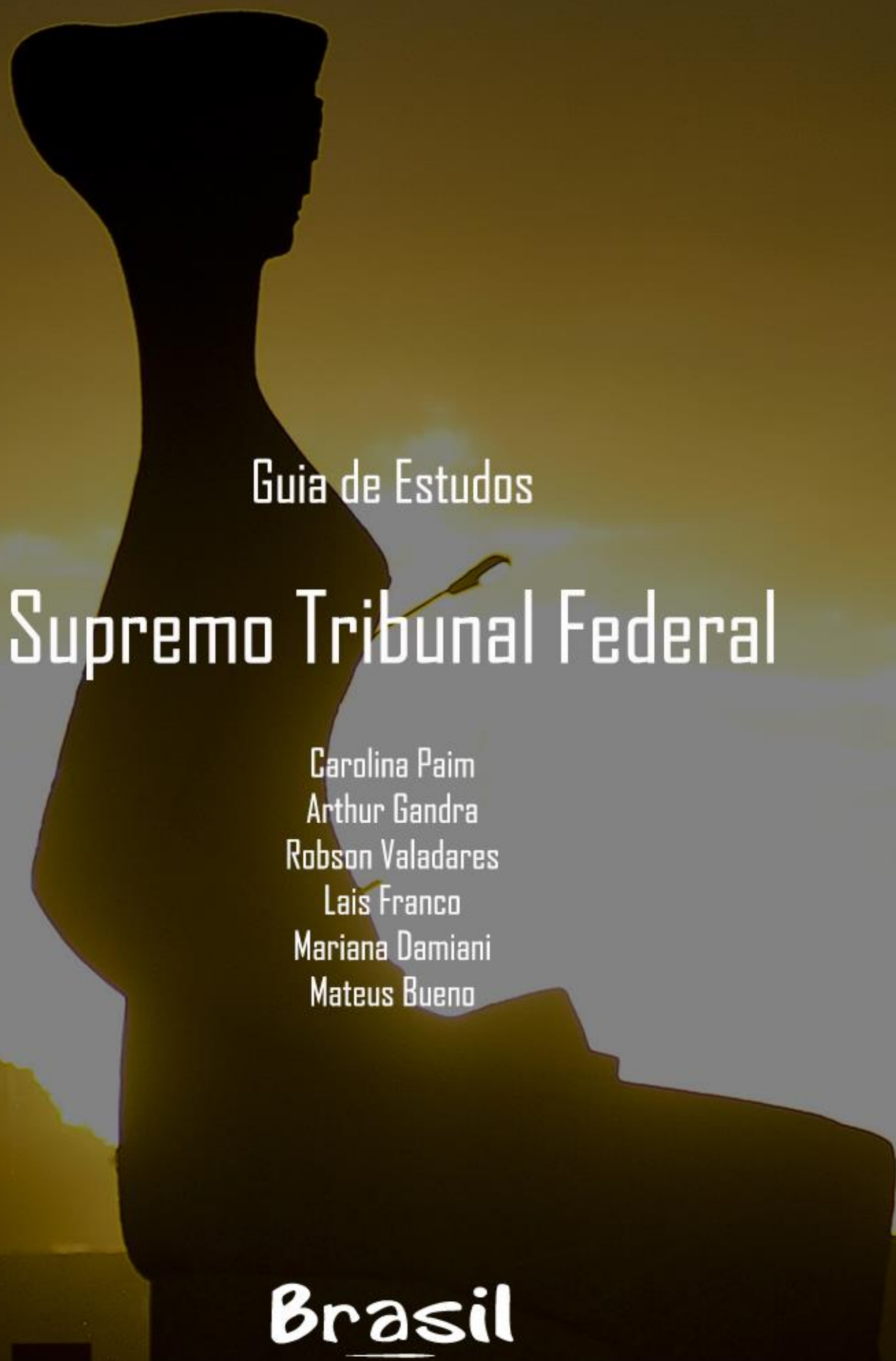




TEMAS 13



Guia de Estudos

Supremo Tribunal Federal

Carolina Paim
Arthur Gandra
Robson Valadares
Lais Franco
Mariana Damiani
Mateus Bueno

Brasil

SUMÁRIO

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	2
1.1. Tripartição dos poderes.....	2
1.2. Judicialização da política.....	4
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	5
2.1. O conceito de controle de constitucionalidade e seus pressupostos.....	7
2.2. Formas ou modalidades de controle.....	8
2.3. As matrizes e as modalidades do Controle Judicial de Constitucionalidade.....	9
2.3.1 <i>Modelo Brasileiro</i>	10
3 AS AÇÕES COMPETENTES.....	11
3.1. Ações de competência originária.....	12
3.1.1 <i>Foro Privilegiado (ou “foro especial por prerrogativa de função”)</i>	13
3.1.2 <i>Habeas Corpus (HC)</i>	14
3.1.3 <i>Mandado de segurança</i>	15
3.2.4 <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)</i>	16
3.2.5 <i>Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)</i>	17
3.2.6 <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)</i>	18
CASOS CONCRETOS.....	21
I CASO CUNHA.....	21
II HC 126.292 (EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA).....	32
III MS 34070 e MS 34071 (Nomeação do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil).....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1 - O Supremo Tribunal Federal

1.1 - Tripartição dos poderes:

O princípio da separação de poderes surgiu na Europa do século XVIII, sendo um dos mais importantes frutos do pensamento iluminista. Em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, havia um poder excessivo concentrado nas mãos do monarca, o que limitava a liberdade e as ações da maioria esmagadora da população. As teorias absolutistas de Hobbes, que explicavam a necessidade de um poder centralizado forte e Bodin, que colocava a origem do poder real como derivado de desejo divino eram suficientes para dar uma certa base teórica aos regimes absolutistas. Contudo, o poder irrestrito confrontou com os interesses dos incipientes burgueses, que não via mais como essencial o poder absoluto do monarca. Montesquieu, na França, e Locke, na Inglaterra foram os primeiros teóricos a analisarem de forma sistematizada a separação.

O princípio da separação de poderes é um dos pilares da concepção moderna de Estado Democrático de Direito. A separação de poderes tem como maior mérito a limitação de um poder; de uma capacidade, o que impediria um governo de ser autoritário, visto que não controlaria o Direito. A divisão de poderes na visão de Montesquieu seguia um padrão a ser adotado mais tarde durante o Estado Liberal, em que a função maior do Executivo era o de garantir o funcionamento das instituições, adotando uma postura enquanto Poder limitado, evitando intervenções na vida privada dos cidadãos. O Estado chama para si a função precípua de promover e garantir os direitos, com a devida tutela jurisdicional. A prestação jurisdicional torna-se uma interpretação restrita, promovendo a independência entre os Poderes; limitando ingerências entre eles, sem prejuízo de valores que posteriormente seriam conhecidos como *checks and balances*.

Atualmente existe grande complexidade nas funções e atribuições de cada Poder, com limites por vezes tênues em relação às suas competências, exercendo-os de modo interseccional e simbiótico, promovendo o não enrijecimento da máquina estatal. O Executivo maneja o orçamento nacional, distribuindo recursos para áreas específicas via ministérios ou secretarias, “fomentando, gerenciando e desenvolvendo a máquina administrativa, de modo a executar políticas públicas” (BARROSO, p. 204).

O Legislativo tem suas competências regidas pelo artigo 59 da Constituição da República e seguintes, sendo o Congresso responsável tanto pela elaboração legística quanto

pela fiscalização orçamentária da União. A deliberação legislativa alcança assuntos dos mais variados como orçamento, impostos, políticas públicas de educação, etc.

O terceiro poder, o Judiciário, é responsável pela análise do conteúdo formal e material das normas, tendo o poder de revogá-las caso não se adequem com o texto constitucional, no chamado *judicial review*. O judiciário também se responsabiliza pela aplicação do ordenamento jurídico vigente aos casos concretos levados a juízo. As decisões do Judiciário tanto fortalecem normas existentes quanto permitem o preenchimento de lacunas no ordenamento e a resolução de antinomias, de modo a proporcionar mais clareza na compreensão do ordenamento e segurança jurídica e estabilidade ao Estado.

A independência entre os três poderes proporciona estabilidade e evita abusos de poder. Exemplificando: uma norma é elaborada pelo Legislativo e, caso aprovada, é mandada pelo Executivo que pode aprová-la ou vetá-la. Em caso de veto, é possível que haja um *override*, ou que o Legislativo se sobreponha a decisão do veto, mantendo o texto aprovado na Casa, sendo necessário uma maioria absoluta para tal. Em caso de aprovação, é possível, que, quando chamado, o Judiciário venha a analisar tal norma para dar uma decisão se a norma se adequa ao ordenamento jurídico vigente ou não, podendo haver uma declaração de nulidade dessa, havendo, nesse caso, um *overruling*, ou a revisão de uma lei por decisão judicial.

Brasil	Federal	Estadual	Municipal
Executivo	Presidente, Vice-Presidente, Ministérios, Agências de Governo	Governador, Vice-Governador, Secretarias Estaduais, Agências estaduais de governo	Prefeito, Vice-Prefeito, Secretarias Municipais, Agências municipais de governo
Legislativo	Câmara dos Deputados, Senado Federal	Assembleia Estadual (Unicameral)	Câmara dos Vereadores (Unicameral)
Judiciário	STF, STJ, TSE, TST, STM, Tribunais Regionais Federais, Juízes de Primeira Instância	TJs, Juízes de Primeira Instância	Não há

1.2 Judicialização da Política

Um dos assuntos mais controvertidos em discussão sobre o cenário político do Brasil é a judicialização da política. Essa judicialização seria trazer a julgamento alguma decisão ou ato político, visando uma análise do judiciário sobre algum ato legislativo ou executivo.

A doutrina do *judicial review*, isto é, a revisão de normas infraconstitucionais quando houver desrespeito a princípio ou norma constitucional (FRANCA, 2016), surgiu pela primeira vez quando a Suprema Corte estadunidense, no julgamento *Marbury vs Madison* (1803), declarou inválido parte de uma lei federal, o Judiciary Act de 1789, por entender que alguns de seus artigos não estavam de acordo com o disposto na Constituição. A decisão da Suprema Corte é um exemplo do Controle de Constitucionalidade difuso, a saber, a análise da conformação de um caso concreto com a normatização Constituição. A judicialização da política se apresentou durante o embate nos tribunais entre aliados do ex-presidente John Adams e a administração do governo Thomas Jefferson. O final do governo Adams foi bastante turbulento, após o então presidente dos Estados Unidos ter perdido a reeleição para o seu vice-presidente e rival político, Thomas Jefferson. A fim de enfraquecer o governo de seu oponente, Adams aprovou uma lei, pouco antes da posse do novo Congresso e de Jefferson, que expandia o tamanho do judiciário e que permitiria que ele nomeasse novos juízes, mais alinhados com sua filosofia política. Entre esses juízes nomeados, os chamados *Midnight Judges*, estava William Marbury o impetrante da ação, que não havia recebido documentos de posse do Secretário de Estado, James Madison, para assumir um Tribunal de Paz. A judicialização se apresenta quando, para que se resolvesse um problema político, Marbury apelou à Suprema Corte, visto que Madison se recusava a lhe entregar os documentos. As motivações políticas do caso revelam que o judiciário moderno não se limita a simplesmente julgar questões técnicas, mas também a resolver problemas políticos não resolvidos no âmbito do executivo e do legislativo e que lhe são trazidos.

O Estado Democrático de Direito, base para uma série de governos, como o brasileiro, pressupõe em sua existência uma série de direitos não abarcados nos paradigmas de Estado anteriores. Além de direitos individuais e sociais, há também direitos difusos previstos em ordenamentos constitucionais, como direito à saúde e ao meio ambiente, isto é, direitos coletivos que não pertencem a nenhum grupo específico, mas à coletividade da nação como um todo. De modo a coadunar com os princípios do Estado Democrático de Direito, faz-se essencial que haja respeito aos direitos fundamentais e de minorias, sendo necessário que ocorram intervenções do judiciário em relação a atos administrativos e legislativos a fim de se assegurar esses direitos.

Seja por omissão do legislador ou pela aprovação de leis que violam princípios constitucionais, o judiciário é chamado a agir quando houver a percepção de que um direito está sendo violado ou não garantido, tendo em alguns momentos se afastado de uma passividade em relação aos outros poderes, assumindo em certas ocasiões o papel de legislador positivo, preenchendo lacunas no ordenamento jurídico nacional, como nos casos dos julgamentos no STF das ADPF 54 e 132, que permitiram, respectivamente, a antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo e a união civil de casais homoafetivos. Houve uma busca pela resposta do judiciário em ambos os casos para resolver situações que não eram tratadas pelo legislativo ou executivo, sendo um exemplo de judicialização da política. O legislador se esquivou de tomar uma decisão, evitando arcar com eventuais ônus políticos, e aceita a decisão judicial por ela ter um caráter técnico (FRANCA, 2016).

Não raro os tribunais vêm atuando no sentido de validar o andamento do processo legislativo em caso de controvérsia, tendo o Supremo Tribunal Federal analisado o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff pela Câmara não ter seguido o rito processual adequado quanto acerca da nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o Ministério da Casa Civil, medida que supostamente serviria para dar-lhe imunidade contra decisões judiciais de primeira instância. Essas ações julgadas pelo STF só foram possíveis graças a mandados de segurança impetrados por partidos políticos, que possuem legitimidade para tal ato, podendo proteger direitos de natureza política de um modo geral (BARROSO, 2009), não importando o objeto específico da ação. Ainda, no ano de 2016, a deputada federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) ingressou no STF com um mandado de segurança contra a tramitação da PEC 241, que limitaria o orçamento do governo com base no orçamento e na inflação do ano anterior (BARROSO, 2009).

A judicialização da política revela um panorama no mínimo delicado para o contexto atual, uma vez que uma Corte, desprovida da legitimidade que o Parlamento possui, visto que não é eleita, mas nomeada, se torna a figura central do processo político, sendo não somente fiadora das decisões parlamentares e executivas, mas também ator extremamente ativo nessas decisões, influenciando os outros poderes a se comportarem de uma certa maneira.

2 - Controle de constitucionalidade

Os conceitos de rigidez constitucional e Supremacia da Constituição são essenciais para o entendimento satisfatório do Controle de Constitucionalidade (MORAES, 2014). Por esse motivo, abordaremos sinteticamente tais definições.

As Constituições, sob o ponto de vista formal, podem ser rígidas, flexíveis ou semirrígidas. Essa classificação vincula-se diretamente ao grau de formalidade exigido para as modificações constitucionais (MENDES; COELHO; BRANCO; 2011, p. 72).

Conforme propõem Gilmar Mendes *et al.*, em uma Constituição rígida, a estabilidade das normas constitucionais garante-se pela exigência de um procedimento de modificação que seja especial, solene, dificultoso e exigente de maiorias parlamentares elevadas. Isso porque a rigidez constitucional traduz um maior grau de dificuldade para que ocorra qualquer tipo de transformação na Constituição.

Em contrapartida, as modificações nas constituições flexíveis se dão por meio de procedimento legislativo comum, ou seja, um processo de aprovação menos gravoso e elaborado.

Desse modo, a rigidez constitucional está diretamente ligada à Supremacia da Constituição. Isso porque esse princípio fixa o status hierárquico máximo da Carta Magna, resultando na impossibilidade de modificação constitucional pelo legislador ordinário e, por consequência, na garantia da Supremacia Constitucional frente à legislação ordinária. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2011, p. 72)

A rigidez constitucional torna claramente distintos o Poder Constituinte e os poderes constituídos, positivando, desse modo, a hierarquização das normas jurídicas. A superioridade da Constituição verifica-se tanto pelo reconhecimento do seu papel normativo hierarquicamente superior (superlagalidade material) quanto da ideia de ser uma “norma matriz do ordenamento jurídico” (MENDES, 2011, p. 72), resultando na sua rigidez (superlegalidade formal).

Nesse cenário a Constituição está “em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não tenham nela encontrar fundamento último”. Em consequência disso, Gilmar Mendes *et al.* entende que o reconhecimento do Princípio da Supremacia da Constituição e da sua força vinculante em relação ao Poder Público perpassa, necessariamente, pela imprescindibilidade da discussão de formas de controle e de salvaguarda da Constituição.

Isso porque só é possível garantir a Supremacia Constitucional quando os meios de defesa contra possíveis usurpações são efetivos. Caso as normas contrárias ao ordenamento jurídico permaneçam no ordenamento produzindo efeitos contrários, configura-se perigosa insegurança jurídica.

A fim de se garantir a estabilidade constitucional, instituem-se cláusulas pétreas - contenções materiais do poder de reforma constitucional -, característica precípua das constituições rígidas.

A Constituição de 1988 estabelece como pétreas, nos termos do art. 60, §4º: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais. Nesse sentido, por serem considerados como elementos essenciais da identidade material da Constituição (SARLET; BRANDÃO, 2014) pelo constituinte originário, as matérias pétreas não poderão ser objeto de reforma pelo legislador.

2.1 - Do conceito de controle de constitucionalidade e seus pressupostos

Conforme o entendimento doutrinário majoritário, o Controle de Constitucionalidade é meio de garantia da Supremacia Constitucional e de defesa das normas constitucionais. Nesse sentido propõe Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 1307) em “Curso de Direito Constitucional”:

O controle de constitucionalidade tem por objetivo a garantia da supremacia e da defesa das normas constitucionais frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de adequação de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, isso, no que concerne ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem, necessariamente, observar.

Desse modo, o Controle de Constitucionalidade é meio pelo qual se verifica a compatibilidade, tanto formal quanto material, entre o objeto (leis ou atos normativos) e o paradigma (a Constituição). É, portanto, a verificação da adequação de um ato normativo e as normas constitucionais.

Destarte, podemos estabelecer, com base na doutrina (FERNANDES, 2016, p. 1307), alguns pressupostos clássicos de controle de constitucionalidade, quais sejam a existência de uma Constituição formal e rígida; a ideia da Constituição como norma matriz superior, conferindo validade para todo o ordenamento jurídico; a existência de pelo menos um órgão competente para verificar a adequação; e sanção para a conduta que é realizada em desconformidade à Constituição (FERNANDES, 2016, p. 1307).

Dos conceitos fixados acima é possível se ter uma noção do que viria a ser Inconstitucionalidade.

A Constituição é a norma fundamental da qual todas as leis e normas ordinárias aduzem sua validade. Sendo assim, o conceito de inconstitucionalidade está diretamente ligado a inadequação das normas infraconstitucionais, ou do processo de aprovação da mesma, e a Constituição (BERNARDES, 2016 p. 1307).

Demonstrando-se a existência de duas espécies de inconstitucionalidade: uma formal, decorrente de um vício no processo legislativo de aprovação das leis; e uma *material*, que ocorre quando o conteúdo da lei “encontra-se em desconformidade (ou desacordo) com o conteúdo das normas constitucionais”

Assim leciona CANOTILHO (1999, p. 888):

A desconformidade dos actos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. A doutrina costuma distinguir entre vícios formais, vícios materiais e vícios procedimentais; (1) vícios formais: incidem sobre o acto normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o acto, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final; (2) vícios materiais: respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas ou princípios da constituição; no caso de inconstitucionalidade material, substancial ou doutrinária (como também se lhe chamou entre nós), viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas; (3) vícios de procedimento: autonomizados pela doutrina mais recente (mas englobados nos vícios formais pela doutrina clássica), são os que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos.

2.2 - Formas ou modalidades de controle

A partir do entendimento das matrizes, passemos a análise das formas ou modalidades do Controle de Constitucionalidade, como em toda classificação, busca-se um melhor entendimento das concepções aqui tratadas:

Quanto ao órgão de controle, pode-se ter o controle político, o jurisdicional e o misto. O controle político, também denominado modelo francês, ocorre quando o exercício da atividade de controle é realizado por um órgão político. Desse modo, o controle que é realizado nas Casas Legislativas, nas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões integram essa categoria (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011, p. 1059), e, também, no veto oposto pelo Poder Executivo no que concerne à projeto de lei¹ (MENDES; COELHO; BRANCO, 2011).

Quanto ao modo ou forma de controle, pode ser incidental (por via de exceção) ou principal (por via de ação).

No modo incidental a questão de constitucionalidade é arguida como incidente processual, ou seja, é realizada durante o julgamento de um caso concreto. Desde que seja

¹ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará”.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”

realizado no julgamento de um caso concreto qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, poderá realizar controle de constitucionalidade.

Destaca-se o didático exemplo:

O Sr. José se insurgiu contra uma lei municipal que instituiu um tributo que ele considera inconstitucional. O que ele pedirá na ação ajuizada para discutir esta questão é que cesse a cobrança do tributo inconstitucional e que os valores que ele já pagou lhes sejam devolvidos; porém, o fundamento do seu pedido, a causa de pedir é a inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo. Assim, antes de o juiz dizer se o pedido do Sr. José é ou não procedente, terá de enfrentar a questão incidentalmente posta: a lei é ou não inconstitucional? Por isto a nomenclatura *controle incidental*.

Por outro lado, o modo por via de ação tem por objeto principal a questão constitucional a ser suscitada, ou seja, a questão central é a inconstitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo. Utiliza-se, portanto, de ações diretas de inconstitucionalidade e mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.

Quanto ao momento de controle, pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo ocorre antes do aperfeiçoamento do ato normativo, no caso brasileiro pode ocorrer por meio das Comissões de Constituição e Justiça, pelo veto do presidente da república e por Mandado de Segurança impetrado por parlamentar objetivando impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional.

Já o controle repressivo ou *a posteriori*, é realizado após a existência da lei ou ato normativo. Sendo certo que a instalação do processo é admitida apenas após a promulgação da lei ou sua entrada em vigor (MENDES; COELHO; BRANCO; 2011, p. 1060).

Destarte, ressalta Fernandes (2016, p. 1322) que a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é a aplicação de um sistema de controle judicial repressivo. Sendo judicial no que concerne ao órgão competente, e repressivo por ser realizado *a posteriori*.

2.3 - As matrizes e as modalidades do Controle Judicial de Constitucionalidade

Para fins didáticos, o controle de constitucionalidade subdivide-se em modelo Difuso e modelo Concentrado, ou em sistema Americano e sistema Austríaco. Concepções que podem, num primeiro momento, parecer excludentes, mas que acabaram por ensejar no surgimento do chamado “modelo misto francês” de 1958.

A primeira matriz, a Americana, deflagrou-se no caso Marbury X Madison (SANTINI, 2012; KLATAU, 2003) do Chief Justice John Marshall, julgado em 1803 pela Suprema Corte

Norte-Americana. Tal julgado acabou por consolidar o respeito à Supremacia Constitucional e criar o controle de constitucionalidade das leis, o *judicial review*.

Extraí-se do julgado que é atribuição de todo e qualquer juiz, no exercício da jurisdição, declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos contrários à constituição, ou seja, é atribuição de todos os membros do Poder Judiciário a proteção da Constituição de forma “hodiernamente chamada de difusa” (FERNANDES, 2016, p. 1316).

As características principais desse modelo são o exercício em casos concretos com apreciação incidental; a forma difusa, na medida em que é atribuição de qualquer juiz em sua jurisdição; e a geração de efeitos *ex tunc* (retroativos), já que a norma é nula desde o seu surgimento.

Por outro lado, a matriz Austríaca instituída na Constituição da Áustria de 1920, desenvolveu o modelo concentrado delineado por Hans Kelsen. Esse modelo originou a concentração da atividade de verificação de compatibilidade entre a Constituição e as leis e normas.

Tal verificação é realizada por um órgão próprio e específico, uma Corte Constitucional, atribuindo força vinculante às decisões ali proferidas, visando atribuir segurança jurídica ao sistema.

As principais características desse sistema são a criação de uma Corte Constitucional que teria legitimidade para verificar a compatibilidade das normas frente à Constituição; a realização por via direta, diferentemente do controle difuso que é por via incidental; e a geração de efeitos *ex nunc* (para o futuro).

Entretanto, conforme ensinam Gilmar Mendes *et al.* (2011, p. 1308), o modelo brasileiro sobre o qual trabalharemos durante a realização das atividades do TEMAS 13, resulta da congregação de um perfil difuso e um concentrado. Tal modelo combina, de forma híbrida, características de ambas as matrizes aqui dispostas.

2.3.1 - Modelo Brasileiro

Com o advento da Constituição de 1988, o sistema de controle de constitucionalidade permaneceu, em regra, “um controle judicial repressivo de cunho misto” (FERNANDES, 2016, p. 1322). Desse modo, o novo texto constitucional manteve-se híbrido, adotando um sistema que combina um controle difuso-concreto e um controle concentrado (FERNANDES, 2016, p. 1332).

Segundo Fernandes (2016, p. 1333) o modelo brasileiro difuso-concreto tem por principais características o controle por todo e qualquer juiz, por via de exceção, sendo que o objeto principal é a questão de um caso concreto, ou seja, há partes e lide.

Caso existam controvérsias acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica, envolvendo um caso concreto, o juiz decidirá acerca dessa questão incidental e, feito isso, julgará o objeto principal do caso. Nesse sentido, necessariamente, a arguição de inconstitucionalidade envolverá a causa de pedir e não o pedido (FERNANDES, 2016, p. 1334).

O Supremo participa do controle difuso-concreto através, principalmente, do Recurso Extraordinário, instrumento processual que visa averiguar eventual afronta à Constituição por decisão judicial emanada de instância inferior. Desta forma, o STF tem a palavra final sobre uma apelação sempre que houver alegação de conflito com o texto constitucional.

Todavia, a nova ordem constitucional adotou novos instrumentos de ação e ampliou a legitimação para a provocação do controle concentrado. Assim, a partir da Emenda nº 3 de 1993 o Brasil passou a ter cinco ações para o exercício desse modo de controle de Constitucionalidade, quais sejam²:

- i. Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica – art. 102, I, “a”, da CR/88
- ii. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º, da CR/88
- iii. Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva – art. 36, III, da CR/88
- iv. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – art. 102, I, “a”, da CR/88.
- v. Ação Declaratória de Constitucionalidade – art. 102, I, “a”, da CR/88.

O controle concentrado é realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal por meio de ação específica, em que o objeto principal é a constitucionalidade ou não da questão, por conseguinte se dá, via de regra, em abstrato³, já que não há caso concreto, ou seja, não há partes nem há lide.

3 - As ações competentes

3.1 - Ações de competência originária:

² Ressalta-se que tais ações serão explicadas pormenorizadamente no decorrer do presente guia.

³ Apesar da regra geral ser a existência de um controle concentrado em abstrato, é possível existir controle concentrado em concreto.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, as ações de competência originária se classificam: “como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional”

Dizer que dado tribunal tem ‘competência originária’ para julgar certa causa significa que o referido órgão colegiado tem o poder e o dever de enfrentar o *objeto do processo*, tal como proposto pelo autor na demanda original, além de resolver as questões resultantes do confronto, em toda sua dimensão. Destaca-se que é a Constituição Federal que estabelece a determinado tribunal sua competência originária para certo pleito. Com isto, sendo a competência originária de determinado tribunal, a demanda é primordialmente, e obrigatoriamente, dirigida a tal órgão, não surgindo qualquer dúvida quanto ao que seja objeto do julgamento pelo órgão judicial.

Acessando a Constituição Federal, vê-se no Art. 102, I, no que cabe ao STF, que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

Por sua vez, mesmo não sendo o objeto central deste texto, faz-se mister referenciar que as mesmas competências são apresentadas no que tange à Justiça Federal no Art. 109 da Constituição Federal. A Justiça Estadual, por sua vez, tem sua delimitação por critério residual.

3.1.1 - Foro Privilegiado (ou “foro especial por prerrogativa de função”)

O Foro Privilegiado ou Foro Especial por Prerrogativa de Função é compreendido como uma prerrogativa concedida a alguns membros da Administração Pública. Este é compreendido como valor de competência originária às infrações penais comuns cometidas pelos agentes referidos no rol taxativo do art. 102, I, b da Constituição. Ressalta-se ainda existência de outras hipóteses no texto normativo constitucional, expressos nos artigos 29, X; 102, I, b e c; 105, I, a; e 108, I, a.

O legislador originário, portanto, instituiu ao ordenamento que certos agentes públicos precedem a si prerrogativa de foro, com suas transgressões sendo julgadas por tribunais competentes, e não por um Magistrado de primeira instância. A função dessa estruturação é de proteger a dignidade de determinados cargos públicos, assim como garantir a independência do órgão julgador. A respeito do assunto destaca-se também a Súmula de nº. 451, ainda em vigor, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que estabelece:

Súmula 451/STF - 12/07/2016 Competência. Prerrogativa de função. Crime cometido após cessar o exercício funcional.
“A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”.

Tal competência legitima-se apenas quanto aos delitos praticados no exercício e em razão da função. Por fim, o que se observa na atual conjuntura, seria que a competência por prerrogativa de função é estabelecida em nosso país não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou de função, razão pela qual não necessariamente fere princípio constitucional, tal como o da igualdade (art. 5º., caput, CF) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º., XXXVII, CF).

3.1.2. *Habeas Corpus* (HC):

O Habeas Corpus foi consagrado no Direito brasileiro pelo Código de Processo Criminal de 1832. Era aplicado tanto na esfera penal quanto na civil, sendo apto a tutelar qualquer tipo de violação ou ameaça a direito, fruto de abuso de poder ou ilegalidade. Apenas no ano de 1926, mediante emenda constitucional, o *habeas corpus* assumiu os contornos e funções atuais, sendo destinado a tutelar a liberdade de ir, vir e permanecer. Atualmente, pode-se observar na Constituição de 1988: Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Portanto, de acordo com Alexandre de Moraes, o instituto é “uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar”.

Se tratando de um remédio constitucional que tutela uma das liberdades mais essenciais, o HC dispõe de algumas particularidades. Uma delas advém do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal (CPP), que possibilita aos juízes e tribunais concederem habeas corpus de ofício. Além disso, a jurisprudência do STF consolidou que o julgador do *writ* não precisa se limitar à causa de pedir da peça, é dizer: caso se verifique atos restritivos à liberdade locomotiva que não estão presentes na petição, a autoridade judicial pode extrapolar a causa de pedir (STF: HC 69.172-RJ\ HC 69.421-SP).

Ainda no tocante às singularidades do *habeas corpus*, também por força do CPP, o caput do art. 654 dispõe sobre a capacidade postulatória, isto é, a capacidade processual para interpor o remédio perante o Judiciário. O referido artigo regula a possibilidade de qualquer pessoa impetrar HC, em seu favor ou de outrem. Deste modo, é prescindível a constituição de advogado, sendo, inclusive, dispensável patrono em sede de habeas corpus recursal (FERNANDES; 2011p.667).

Por fim, para ser admitido, o HC necessita de prova pré-constituída, já que se trata de rito sumário e, portanto, não comporta uma longa fase probatória. Nesse sentido, por se tratar de ação constitucional de suma importância, que dialoga com o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, as razões do *writ* são admitidas em quaisquer meios, isto é: papel, telegrama, entre outros. Há registros históricos de HCs feitos em papel higiênico e até mesmo em lençóis.

Em última análise, é preciso diferenciar as duas espécies de *habeas corpus*. Uma delas é o HC preventivo, que busca evitar eventual lesão à direito de locomoção. O outro tipo é o HC

repressivo, ou seja, que se destina a cessar com a violência ou coação à liberdade de ir e vir (FERNANDES, 2011, p. 668). Faz-se necessário pontuar que o parâmetro utilizado para classificar o tipo de *habeas corpus* é o ato abusivo, por exemplo: mandado de prisão expedido mas não cumprido, é passível de HC repressivo, mesmo que a prisão não tenha se efetivado.

3.1.3. Mandado de segurança

O Mandado de Segurança é, de acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 463):

uma ação constitucional de natureza civil e procedimento especial, que visa proteger direito líquido e certo lesionado ou ameaçado de lesão, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*, em virtude de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições.

Tal conceituação está em total consonância com a Constituição Federal, apresentado em seu art. 5, LXIX. No que cabem aos legitimados ativos, estes são quaisquer pessoas que tenham direito líquido e certo lesado. Aos legitimados passivos, referenciados como autoridades coatoras, são todos aqueles - agentes públicos e indivíduos que, mesmo sendo funcionários de empresa privada executem função, serviço e/ou obra pública - que lesam ou ameaçam lesar direito líquido e certo de outrem.

Por direito líquido e certo entende-se que “(...) é aquele direito comprovado de plano, que resulta de fato certo, com prova inequívoca, apto e manifesto de sua existência” (FERNANDES, 2014, p. 467). Observa-se que não cabe produção de prova em sede de mandado de segurança. Desta maneira, o direito pleiteado deve ser passível de comprovação e fruição imediata por seu titular⁴.

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXX, ainda prevê a possibilidade de mandado de segurança de caráter coletivo, criando-se a possibilidade de defesa de direito líquido e certo não apenas pelo próprio titular de direito, mas também por partido político, entidade de classe ou até mesmo associação, com o objetivo único de defesa dos interesses de seus membros ou associados (BARROSO, 2009. p. 205).

Destaca-se também, a lei nº 12.016 de 2009, a qual disciplina o mandado de segurança (individual ou coletivo). Tal lei possibilita a suspensão liminar do ato considerado abusivo (ou

⁴ Titular é a parte legítima para impetrar o mandado.

ilegal), se estiverem presentes os requisitos de relevância fundamentais do pedido, bem como a verdadeira eficácia da medida solicitada.

Desta maneira, a referida ação constitucional tem um rito abreviado, com a função de invalidação de atos de autoridade, integrantes do Poder Público, ou até mesmo a suspensão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar o direito líquido e certo de determinado indivíduo.

Ressalta-se, por fim, os quatro elementos básicos e fundamentais que devem estar presentes para que seja possível a impetração do mandado de segurança:

- Direito líquido e certo;
- Ação não amparada por *habeas corpus* ou *habeas data*;
- Ilegalidade na ação ou abuso de poder;
- Autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições próprias do Poder Público.

3.2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

A ADI é um meio processual pelo qual se pode realizar o controle de constitucionalidade concentrado. Este tipo de controle direto caracteriza-se como um exercício atípico de jurisdição, vez que não há pretensões resistidas formadoras de um litígio, a ser resolvido com a aplicação da lei pelo terceiro julgador. Pelo contrário, a via direta é abstrata, dada a ausência de um caso concreto que exija a prestação jurisdicional. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais” (BARROSO, 2012; p.180).

Deste modo, a ADI tem como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. Cabe ressaltar que tais normas passíveis de serem constitucionalmente questionadas devem ter percorrido todo o *iter* legislativo até a promulgação (não necessariamente precisa estar em vigor). Como é modalidade do controle concentrado, a ADI cabe única e exclusivamente à análise do Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos estabelecidos pela Constituição da República de 1988 (art.102, I, a, CF).

Diante do exposto, a premissa principal que guia a ADI é a de verificar se um determinado dispositivo normativo, em alguma medida, contraria o texto constitucional. Nesse sentido, as ações diretas nas quais se proclama a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato

normativo, são julgadas procedentes. Consequentemente, como regra no direito brasileiro, declara-se a norma questionada inconstitucional. A partir daí a decisão que julga a ADI procedente geral efeito retroativo (*ex tunc*), salvo expressa deliberação contrária, conforme apregoa a Lei n. 9.868/99 (art.27). Além da retroatividade, a decisão pela inconstitucionalidade é de caráter *erga omnes* (geral) e vinculante. Portanto, ineficácia e nulidade, via de regra, são os desdobramentos que atingem determinada norma declarada inconstitucional. De acordo com a supracitada Lei, que consagrou orientações do Regimento Interno do Supremo, para que um dispositivo possa ser declarado inconstitucional, há que ter manifestação nesse sentido de maioria absoluta dos ministros do STF (no mínimo seis ministros), com quórum mínimo na sessão de julgamento de oito ministros.

A legitimidade ativa nas ADI's, ou seja, os sujeitos capazes de postular em juízo em favor da declaração de inconstitucionalidade de alguma lei ou ato normativo, está elencada na CF, em seu art. 103. Para melhor compreender o processamento e julgamento das ADI's, conferir a Lei 9.868/99, mencionada anteriormente, que dispõe sobre todo o processo deste tipo de ação.

Um último aspecto relevante no processo decisional das ADI's, é a possibilidade de o julgador declarar a inconstitucionalidade por meio de outros fundamentos, diferentes dos que foram alegados na petição inicial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010; p. 1304).

3.2.2 - Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC

A ADC, prevista na CF no art.102, I, a, também regida pela Lei n. 9.868/99, compõe, assim como a ADI, modalidade de exercício do controle concentrado abstrato de constitucionalidade.

Ao contrário da ADI, a ADC visa a proclamação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Convém ressaltar que o constituinte derivado (a ADC foi implementada pela EC n.3 de 1993) expressamente delimitou o objeto da Ação Declaratória para as leis ou atos normativos federais, excluindo, portanto, os dispositivos estaduais.

A proclamação de constitucionalidade perseguida numa ADC é ocasionada por relevantes controvérsias jurídicas acerca de uma lei/ato normativo. Esclarecendo: há um princípio no Direito Constitucional que presume a constitucionalidade das leis e demais dispositivos normativos (princípio da presunção de constitucionalidade). Desta forma, uma lei

ou ato normativo, para ser objeto de uma ADC, deve protagonizar controvérsias preponderantes que questionam a constitucionalidade daqueles, e ensejam a atuação do STF.

Os procedimentos para o processamento e julgamento da ADC são os mesmos da ADI, podendo ser consultados na Lei 9.868 de 1999. Ou seja, quórum mínimo de deliberação de oito ministros, sendo necessário pelo menos seis para que algum posicionamento seja oficial (pela constitucionalidade ou não). Conforme ensinam Gilmar Mendes *et al.*, em termos práticos, é pouco provável que se tenha um julgamento de uma ADC de forma isolada (MENDES; COELHO; BRANCO; 2010, p. 1298). Isto porque, geralmente, a ADC tem objeto correspondente a uma ADI, que versa sobre a inconstitucionalidade. Desta forma, quando é o caso, os julgamentos são em conjuntos de modo que, se julgada procedente a ADI (lei ou ato normativo considerado inconstitucional), automaticamente, reputa-se improcedente a ADC, e a mesma lógica se repete de modo contrário.

Como a ADC é declaratória de constitucionalidade, ou seja, a sua procedência não altera o estado de constitucionalidade, tão somente reafirma o que já se presumia, não há que se discutir quanto aos seus efeitos temporais. No entanto, da mesma maneira que a ADI, a ADC tem efeito *erga omnes* e é vinculante.

3.2.3 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

A ADPF, prevista originalmente no art.102, parágrafo 1º da Constituição Federal, passou a funcionar enquanto instituto de controle concentrado tão somente em 1999, com o advento da Lei n. 9.882, que regulou o processamento e julgamento da ADPF, conforme o próprio texto constitucional ditava.

Preliminarmente, faz-se necessário esclarecer que a ADPF, em sua acepção morfológica, cria um instituto consideravelmente geral e aberto. Isto porque não há determinação legal ou consenso jurisprudencial do Supremo que especifique quais são os ditos preceitos fundamentais. Com relação a esta indefinição, José Afonso da Silva já advertia que “preceito fundamental” não é sinônimo para “princípio constitucional”. Segundo o autor, os preceitos fundamentais são mais amplos, abrangendo os princípios constitucionais e todas as outras normas constitucionais que formam o sentido básico do regime constitucional brasileiro, inclusive e em especial aquelas geradoras de direitos e garantias fundamentais (SILVA, 1997; p.530). A problematização não para por aí. Além de não haver um parâmetro objetivo fixado

no tocante ao que seriam tais preceitos fundamentais, vale rememorar que a Constituição não é um documento engessado, inerte. Em sentido oposto, a Constituição é documento que pertence ao Povo e, assim sendo, é revestida de dinamicidade, acompanhando as mudanças nos valores sociais de cada tempo. Desta forma, o que hoje pode facilmente ser tido como um preceito fundamental, resultado de uma análise valorativa dos anseios da sociedade, em algum tempo pode não mais sê-lo. Portanto, essa questão acerca da definição dos preceitos fundamentais é uma reflexão que tem sido exercida pela doutrina e pela Corte Suprema, a fim de aprimorar o instituto discutido.

A competência exclusiva do STF, instituída pelo constituinte e pelo legislador (Lei n. 9.882/99), torna a ADPF uma espécie de controle concentrado. Dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, extrai-se que a doutrina majoritária é uníssona em classificar a existência de dois tipos de ADPF: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental (BARROSO, 2012; p.308). Tal bifurcação é fruto da análise da Lei que regula o instituto.

Pela arguição autônoma, entende-se aquela proposta perante o STF visando reparar lesão a preceito fundamental por parte do Poder Público. Aqui, não deve existir qualquer outro meio que possa sanar o ato público lesivo (atenção quanto ao Mandado de Segurança), o que confere a este tipo de arguição o caráter subsidiário. Compreende-se por ato público lesivo, nesse sentido, as leis ou atos normativos, federais, estaduais ou municipais (a Lei da ADPF é taxativa ao prever, também, o nível municipal). Portanto, o caráter abstrato dessa modalidade de arguição incentivou o legislador a adotar os mesmos critérios de legitimidade ativa já estabelecidos para as ADIs e ADCs. Uma novidade trazida pela Lei da ADPF, é a de se discutir, inclusive, leis anteriores à Constituição de 88, o que não se permite via ADI ou ADC.

A arguição incidental, como o próprio nome sugere, pressupõe a existência de um litígio que já esteja em apreciação pelo Poder Judiciário. Desta forma, há a ADPF como controle concentrado em via concreta, ou seja, aplicado a um caso concreto. Na arguição incidental, o que acontece pode ser resumido da seguinte maneira: (1) ocorrência de um litígio perante um juiz/Tribunal, envolvendo a interpretação de alguma lei ou ato normativo (federal, estadual, municipal); (2) há uma controvérsia relevante acerca da constitucionalidade envolvendo o direito federal, estadual ou municipal; (3) suspende-se liminarmente os processos nos quais haja a mesma controvérsia, e esta é levada ao Supremo (se não houver outros meios capazes de pôr fim à controvérsia – caráter subsidiário da ADPF), com legitimidade para tal tanto as partes quanto o juiz ou os terceiros interessados legitimados (Ministério Público, por exemplo). Após esse trâmite, o STF julga a ADPF. A decisão oriunda da arguição tem efeito *erga omnes* e

vinculante, obrigando com que os juízes anteriormente responsáveis por cada processo julguem de acordo com a tese constitucional firmada pela Corte Suprema.

Portanto, o que se observa do modo como foi regulada a ADPF no ordenamento pátrio é que o instituto complementa o sistema de controle de constitucionalidade concentrado brasileiro. A possibilidade de análise de legislação pré-constitucional preenche o vazio que não era solucionado pela ADI ou pela ADC. Além disso, há a inclusão da esfera municipal no controle concentrado, outra impossibilidade nos termos legais e constitucionais que versam sobre a ADI e ADC. Por fim, com relação à apreciação concentrada concreta por parte do Supremo, o legislador visou dar agilidade aos processos judiciais que insistentemente esbarravam na discussão acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo. Conforme já mencionado, o grande desafio que ainda persiste é, justamente, na análise caso a caso do que seriam os ditos preceitos fundamentais. Por isso, é seguro afirmar que tal exercício deve ser constante, principalmente nos limites do Supremo Tribunal Federal, que institucionalmente é o intérprete maior da Constituição.

CASOS CONCRETOS

I. Caso Cunha

1 - Inquérito 3983: o “Caso Cunha”

O inquérito 3983 apresentado pelo Procurador Geral da República contra o Deputado Eduardo Cunha consiste na denúncia de que Cunha, utilizando de sua influência como parlamentar e membro do PMDB, teria ajudado a compra de dois navios sonda pela Petrobras, tendo recebido propinas para tal ato. Cunha também teria se utilizado de suas prerrogativas como deputado para exercer pressão nas empresas e nos negociadores envolvidos na venda fraudulenta para que recebesse sua propina, por meio de requerimentos em Comissões da Câmara dos Deputados.

As conversas iniciaram quando Júlio Camargo, representante da Samsung, procurou o lobista Fernando “Baiano” Soares sobre o interesse da Petrobras na compra de um navio sonda, pedido feito a Camargo pela empresa Mitsui. A Petrobras entraria em uma parceria com a Mitsui para a aquisição de um estaleiro a ser construído pela Samsung. Fernando Soares, por sua vez, utilizando de suas relações com o PMDB, em especial, com o deputado Eduardo Cunha, faz o contato com o Diretor Internacional da Petrobras, Nestor Cerveró, para a verificação do interesse da estatal na compra do navio. A reunião entre Cerveró, a Samsung e a Mitsui ocorreu logo em seguida, com o interesse na transação sendo confirmado pelas partes e, logo depois, se deu o início do processo de compra, a qual envolveria o pagamento de propina a algumas pessoas, como Cerveró, Soares e Cunha. Essa aquisição não se adequou ao exigido pelas regras internas da Petrobras, que demandam a autorização da Diretoria Executiva para o recebimento e negociação de propostas, não havendo um processo licitatório adequado, com discussão sobre valores, com a aquisição tendo se baseado em relatórios geológicos otimistas, sem um estudo adequado, tanto da necessidade da compra de um navio sonda, quanto das perspectivas de perfuração que existiriam. Tal ação repetiu, desta vez sem a participação da Mitsui como parceira da Petrobras, havendo o contato direto entre a estatal e a Samsung, com os demais atores participando ativamente das negociações.

A participação de Cunha consistiria em evitar que houvesse impedimentos a compra dos navios, e a Câmara nada fez em relação a compra. Cunha também se envolveu quando a Samsung decidiu não pagar a última parcela da propina, e ele, irritado, passou a pressionar Júlio Camargo a quitar a dívida, fazendo uso de dois requerimentos na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC) para pressionar o pagamento da propina.

Esses requerimentos pediam auditorias e cópias de contratos entre a Mitsui e a Petrobras e visavam constranger tanto a empresa quanto Júlio Camargo. Cunha teve a ajuda de uma aliada, a então deputada Solange Almeida, para protocolar tais requerimentos, embora ele os tenha elaborado. Mais tarde, durante a CPI da Petrobras, Cunha negaria ser o autor de tais requerimentos.

O pagamento das propinas ocorreu por meio de várias transferências bancárias, nas quais Camargo, receptor do dinheiro da Mitsui-Samsung por serviços de consultoria, doaria para a Igreja Evangélica Assembleia de Deus, associada a Cunha, de modo que a lavagem de dinheiro fosse concretizada. O inquérito pede que seja aceita a denúncia contra Eduardo Cunha pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

2 - Contextualização política: Impeachment, instabilidade política e linha sucessória presidencial

Após as eleições presidenciais de 2014, o governo Dilma Rousseff sofreu uma queda dura nos índices de aprovação popular (DATAFOLHA, 2015), sobretudo devido às investigações da Operação Lava Jato (BBC, 2015), da Polícia Federal, e de um plano de ajuste fiscal implementado pouco após a reeleição da presidente. Em 2015, o Planalto sofreu uma derrota significativa na Câmara, vendo o deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) vencer a eleição para presidência da Casa, derrotando o candidato apoiado pelo governo. Cunha, havia sido sob uma proposta de dar maior autonomia ao legislativo (jornalístico G1, 2015), não votando apenas em projetos que contassem com o aval do Planalto, mas também em propostas que agradassem os deputados e trouxessem visibilidade a eles, como as aprovações das PECs 171 (Redução da Maioridade Penal) e 457 (Aumento na idade para aposentadoria compulsória de ministros de tribunais superiores, TCU e do STF) no Plenário da Câmara, cujos conteúdos se colocavam diametralmente opostos aos interesses do Governo Dilma.

Durante o ano de 2015 houve uma grande dificuldade de se obter uma governabilidade, posto que a base governista tinha perdido um razoável número de assentos para a oposição e via deputados de partidos aliados votarem constantemente em propostas contra o governo. Grandes protestos ocorreram pelas ruas contra o Governo Rousseff, mais notadamente em março, abril e agosto, contra a crise econômica e os escândalos de corrupção envolvendo a Petrobras, que atingiram duramente a classe política (jornalístico FOLHA DE SÃO PAULO, 2015) como um todo, incluindo o Presidente da Câmara, Eduardo Cunha. Ele foi um dos parlamentares mais investigados pela Operação Lava Jato (portal de notícias do STF, 2016), tendo sido acusado de recebimento de propinas e de possuir contas secretas no estrangeiro. A revelação da existência dessas contas provou-se danosa para Cunha (jornalístico ESTADÃO, 2015), que mantinha um séquito de fiéis seguidores na Câmara, apesar de ser o político brasileiro com a maior rejeição popular. A sua suposta quebra de decoro parlamentar, ao negar a existência de tais contas durante um depoimento na CPI da Petrobras poderia levar à sua cassação, o que fez com que houvesse duras negociações entre ele e duas frentes opostas, governo e oposição, em que, garantido o apoio de uma das frentes a Cunha, este, por sua vez, permitiria ou não, a tramitação de um pedido de *impeachment* contra Dilma Rousseff.

O Planalto, enfraquecido pelos resultados eleitorais e pelas constantes rebeliões de deputados da base aliada, via no PMDB sua maior chance de permanecer no poder, posto que este controlava a vice-presidência e a presidência da Câmara e do Senado, além de exercer grande influência em outros partidos. A permanência de Dilma no poder estava ameaçada em duas frentes: uma jurídica, com base em um pedido de cassação da chapa Dilma Rousseff-Michel Temer no TSE pela AIME 761 por abuso de poder econômico nas eleições presidenciais de 2014 e outra política, com base em uma série de pedidos de *impeachment* contra a Presidente, devido a manobras contábeis feitas por ela, que poderiam ser configuradas como crime de responsabilidade previsto na Lei 1079 de 1950. Um dos motivos de polêmica quanto ao pedido de *impeachment* era se tais manobras seriam de fato crime de responsabilidade, não havendo ocorrido processos semelhantes quando tais manobras também teriam sido realizadas por governos anteriores.

A Constituição da República de 1988 estabelece em seus artigos 79 e 80 a linha sucessória presidencial, em que assumem a presidência os seguintes detentores dos cargos nessa ordem: Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo esses eventuais substitutos quando houver vacância do cargo, como por exemplo quando o mandatário estiver em uma

viagem ao estrangeiro. Caso haja a vacância do Presidente e do Vice-Presidente novas eleições devem ser convocadas, na forma direta, durante os dois primeiros anos do tempo de mandato, e na forma indireta, durante os dois últimos anos.

Assim, a linha sucessória presidencial em 2015 consistia na Presidente Dilma Rousseff, no Vice-Presidente Michel Temer, no Presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, no Presidente do Senado, senador Renan Calheiros e no Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski.

3 - ADPF 402

3.1 - Argumentação do requerente

Feita breve introdução e contextualização, a argumentação principal da Rede e seus patronos pode ser resumida na afronta a três dispositivos constitucionais, sendo eles: (i) o princípio da separação entre os poderes elencado no artigo 2º da Constituição Federal; (ii) o princípio republicano e, portanto, o artigo 1º da CF; (iii) mais concretamente, o artigo 80 da CF, que atribui ao presidente da Câmara dos Deputados a tarefa de ser o primeiro substituto em caso de dupla vacância no posto de Presidente da República.

Nesse sentido, sustenta a requerente que a impossibilidade imposta ao chefe do Poder Executivo pelo parágrafo primeiro do artigo 86 da Constituição Federal, qual seja a suspensão do Presidente da República que for réu declarado pelo STF, é uma condição que deve ser lida como um cuidado que o constituinte teve para com toda a ordem constitucional. Deste modo, a concepção sistemática da Carta da República mais esclarecida nos moldes do Estado Democrático de Direito é aquela em que os agentes selecionados para figurar na linha sucessória estejam aptos, a qualquer tempo, a assumir o posto de mandatário do Executivo. Em suma, a Rede defende que os cargos incumbidos de substituir o Presidente da República têm uma designação constitucional especial e que, em virtude do referido art. 86 da CF, o exercício presidencial é incompatível com a condição de réu. Logo, por extensão e em observância à toda a ordem constitucional, é de se esperar que os eventuais substitutos da cadeira mais alta do País sejam igualmente capazes, em todos os sentidos, de governar o Executivo federal.

Este é o breve resumo da argumentação da Rede em torno da ação, que conta, ainda, com um pedido liminar.

3.2 - Segurança jurídica

Tendo em vista a breve síntese da argumentação da requerente, um outro aspecto a se considerar no exercício decisória na ADPF 402 é o tema da segurança jurídica.

A segurança jurídica, apontada como um subprincípio do princípio do Estado Democrático de Direito (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.585), se firmou como importante elemento no processo jurisdicional das Cortes Constitucionais em todo o mundo, e assim também o foi no caso do Supremo Tribunal Federal. Resumida como a “certeza do direito e da proteção contra mudanças retroativas” (DIMOULIS, 2012 *apud* VASCONCELOS; BRAGA, 2016), a segurança jurídica é relevante para o caso discutido principalmente para conferir uma previsibilidade ao ordenamento jurídico e à ordem constitucional.

Este subprincípio, combinado com o conturbado contexto apresentado, no qual o Presidente da Câmara dos Deputados em exercício se tornou acusado em processo penal, conduz a um cenário onde uma parcela política luta por uma posição do Supremo que possa conferir maior estabilidade ao que se vive no País.

Por outro lado, é possível questionar, à luz do mesmo subprincípio da segurança jurídica, que a procedência do pedido elaborado pela Rede levaria, na verdade, a um panorama mais inseguro do ordenamento pátrio. Isto porque uma decisão que reconheça a incompatibilidade da Presidência da Câmara com o rótulo de réu e determine o afastamento de Eduardo Cunha pode gerar uma instabilidade na gestão de todos os outros futuros presidentes da Casa e, conseqüentemente, uma instabilidade imprevisível no Poder Legislativo brasileiro. Em suma: é mais seguro afastar um réu que vá substituir o Presidente da República no momento oportuno do que afastar um eventual réu da linha sucessória.

3.3 - Moralidade na Política

Um outro aspecto que circunda o embate suscitado pela ADPF em questão é o da (i)moralidade que envolve a condição de um réu presidir uma Casa e, em virtude disso, ser o imediato substituto para presidir o País, em caso da ocorrência de dupla vacância.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), a imoralidade resta configurada quando a violação a um valor moral da sociedade implica no menosprezo a um bem juridicamente tutelado. Portanto, há que ser ponderado na equação considerada este aspecto da moralidade empregada pelo art. 37 e pelo art. 85 da Constituição. Junto a isso, soma-se o já mencionado cuidado compatível com um cargo de especial relevância constitucional arguido pela requerente.

4 - Hermenêutica Constitucional: interpretação restritiva x extensiva

No julgamento da ADPF 402 uma dificuldade se apresenta em relação a interpretação mais adequada da Constituição de 1988. O artigo 86 da CR/88 declara suspenso de suas funções o Presidente quando “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. ” O debate entre juristas se dá porque não há consenso sobre qual o procedimento a ser seguido em caso da possibilidade de um réu em ação penal estar na linha sucessória presidencial. Enquanto há correntes que defendem o afastamento imediato do réu de seu cargo, outros adotam o pensamento de que não haveria impedimento de se assumir a presidência interinamente, podendo um réu em ação penal se tornar o chefe do Executivo.

Há diferentes critérios hermenêuticos na aplicação do direito, podendo a interpretação ser vista como o que se desprende do enunciado, permitindo o conhecimento sobre o alcance e o sentido da norma, com base na vontade legislativa (FERREIRA FILHO, 2015), de modo a ser mais restrita, ou pode ser mais expansiva, com o intérprete baseando sua decisão não apenas no texto legal, mas também em princípios legais, sendo uma interpretação mais extensiva. Pelo fato da Constituição não apenas conter normas análogas às leis infraconstitucionais, mas também por apresentar normas que estabelecem o funcionamento do Estado e de seus institutos, haveria uma certa autonomia permitida aos juízes em se utilizar de princípios constitucionais para nortear suas decisões em caso de antinomias ou lacunas.

A questão apresentada na ADPF 402 pode, em teoria ser resolvida por duas vertentes opostas. Enquanto que a posição mais positivista entende que a vontade do legislador originário ou constituinte deve prevalecer, não devendo haver suposições ou inferências dos juízes quanto a tal, mas simplesmente a constatação do máximo que se pode depreender do texto legal, analisando-se nada mais do que o próprio enunciado, há uma posição contrária, que defende uma interpretação não apenas com base no texto legal, mas também com base em um sistema de valores da Constituição que refletiria valores da sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO; 2011); como esses valores não são fixos, e estão sujeitos a mudanças, a interpretação do texto constitucional também passa por alterações, não sendo a simples contradição de uma norma com a Constituição uma força propulsora de mudanças, mas a realidade em si.

Tomando por base uma interpretação restrita da Constituição, isto é, com o enfoque dado ao texto legal, é possível afirmar que haveria a possibilidade de um réu em ação penal assumir a presidência da República. O artigo 86 prevê que a possibilidade de afastamento do Presidente da República ocorra após a Câmara dos Deputados aceitar por maioria qualificada de $\frac{2}{3}$ dos deputados denúncia contra o mandatário, de modo que um réu em ação penal que esteja na linha sucessória presidencial teria que passar por um mesmo processo de votação na Câmara para ser afastado, uma vez que esse requerimento só é exigido para o Presidente da República. Ainda, é requerido para o afastamento que o crime ocorrido tenha relação com o exercício do cargo de Presidente, estando ele imune a processos de crimes em que seu cargo não tenha exercido relação com a execução da prática criminosa, como previsto no parágrafo quarto do artigo supracitado da Constituição (BOTTINI, 2016). Assim, devido ao fato de que um réu na linha sucessória não poderia ter usado o cargo de Presidente da República para cometer um crime, ele estaria imune, enquanto ocupasse a Presidência, do processo anterior a sua posse, não havendo qualquer impedimento, então, a um réu em ação penal assumir a Presidência.

Nota-se que essa interpretação da Constituição não pretende se aprofundar em outros textos que não o do disposto no artigo 86 da CR/88 ou em eventos exteriores ao do texto constitucional, mas apenas no que é possível compreender do escrito no artigo, buscando ao máximo se ater a intenção do legislador constitucional.

O chamado positivismo jurídico e a teoria do direito que coloca que a fonte primária do direito e a própria lei, e sua análise deve ser feita com base em seu conteúdo, não em seu mérito. Há, então, uma diferenciação entre a lei e a moral, em que não se confunde quando uma decisão é tomada pela capacidade legal do aplicador ou por critérios morais. O positivismo seria, para Hart, “a teoria que melhor permite ao homem comum entender o sistema legal ao

qual ele está submetido” (HART, 1961), evitando confusões entre conceitos do cotidiano e elementos do direito. A solução para um problema legal é apresentada no texto da lei e requer apenas que a técnica e os conhecimentos do direito sejam aplicados, evitando concepções subjetivas na tomada de decisões.

O objetivo maior do positivismo jurídico é promover uma segurança jurídica através da estabilidade da lei, de sua aplicação e da simplicidade do entendimento da teoria, evitando que abstrações como a moral possam tornar turva a compreensão do direito (LEITER, 2009). Assim, durante a leitura de uma lei, deve-se utilizar do raciocínio lógico e de conceitos legais para que a interpretação se dê de forma correta, pois esse seria um exercício objetivo. Não há a negação de que a moral seja irrelevante para a prática do direito, porém esta não é elemento essencial para a interpretação da lei, mas auxiliar, quando a lei não for suficiente para, sozinha, decidir o caso concreto, sendo necessária o uso de outros instrumentos que propiciem uma melhor interpretação.

A interpretação positivista permite colocar que, na problemática apresentada pela ADPF 402, o texto constitucional apresenta uma solução para a questão sucessória, visto que não há qualquer dispositivo que impeça que um réu em ação penal ascenda a Presidência. O constituinte originário, ao permitir que o Presidente seja imune a ações penais que não se relacionem com o exercício do cargo, admite a possibilidade de que este seja investigado por tais ações penais, não havendo restrições para os demais ocupantes da linha sucessória.

Essa interpretação restrita do texto constitucional não é a única possível, com o impetrante da ADPF 402, a Rede Sustentabilidade, sendo o principal defensor de que se faça uma interpretação extensiva da Constituição, não apenas observando o texto legal, mas também o cenário político do momento e princípios que regem a administração pública, como o princípio republicano e o subsidiário.

Um dos principais receios de que um réu em ação penal possa assumir a Presidência é o de que, em posse do poder do Executivo Nacional, este atue de modo a se proteger de eventuais processos, abuse do poder e governe de modo não transparente. A Rede argumenta que o artigo 86 da CR/88 explicita que o constituinte originário colocou como previsível o afastamento do Presidente da República por entender que seria incompatível o exercício do cargo com práticas criminosas, exigindo-se então, que haja uma conduta impecável do ponto de vista ético, do mandatário; tal conduta não deveria ser exigível apenas ao Presidente da República, mas a todos que integram a linha sucessória presidencial.

Defensores de uma interpretação mais extensiva da Constituição entendem que é necessária uma análise sistemática de todo texto constitucional (BUECHELE, 1997) para que

a melhor resposta possa ser alcançada: a Constituição como um documento político-jurídico só poderia apresentar uma solução adequada para um problema político-jurídico se lida e interpretada como um todo, para que se use não apenas os artigos da lei, mas também os princípios que regeram a construção da CR/88, considerados essenciais para que se compreenda a intenção do legislador constitucional para a República.

A preocupação com uma administração pública honesta e moral aparece na Constituição brasileira ao menos em duas ocasiões: o artigo 14, parágrafo nono da CR/88 prevê a elaboração de uma lei complementar para definir critérios para inelegibilidade e cassação de mandatos políticos com o intuito de se proteger a administração pública contra desvios de conduta e abusos de poder e o artigo 37, que, em seu *caput*, determina que um dos princípios que devem reger o poder público e o da moralidade e da legalidade, não devendo atividades que não respeitem tais padrões de excelência serem toleradas dentro do governo.

Uma interpretação extensiva da Constituição presume que toda a unidade do texto constitucional deve ser mantida e levada em conta ao se decidir uma ADPF, de modo que uma resolução não fique presa a uma interpretação de um só artigo, mas leve em conta toda a construção do texto, uma vez que restringindo a decisão apenas ao artigo 86 descaracterizaria o objetivo do legislador originário de oferecer um sistema unitário a Constituição e a República guiado por princípios que visariam o melhor para o país.

Uma interpretação extensiva da Constituição poderia perceber que, apesar do artigo 86 imunizar o Presidente contra processos penais não relacionados ao exercício da presidência, este deve exercer o cargo da forma mais republicana possível, não devendo usar dos poderes de sua posição para atos ilícitos, sob pena de afastamento e cassação do mandato. Existe, então, uma preocupação com o exercício correto das funções públicas, e esta se estenderia a outros cargos, como os da linha sucessória. Uma vez necessário se analisar atos da vida pregressa do agente público para determinar sua moralidade para exercer um cargo, conforme explicitado pelo artigo 14, parágrafo nono da CR/88, não haveria possibilidade de réu em ação penal assumir a Presidência, pois, não haveria condições morais para tal.

O risco de uma interpretação extensiva, e o de que, ao colocar como inapto para assumir a presidência, mesmo que interinamente, o Presidente da Câmara ou o Presidente do Senado, o judiciário estaria interferindo no funcionamento das Casas Legislativas, uma vez que a ADPF pede que, uma vez inapto para assumir a Presidência da República, também estaria inapto a se manter em um cargo (Presidência de uma das Casas do Congresso) prevista na Constituição. Há alguns que defendem que a retirada de um parlamentar da presidência da Câmara ou do Senado só deve ocorrer por decisão dos demais parlamentares, salvo casos

excepcionais em que a permanência de tal deputado ou senador na linha sucessória comprometa a integridade do processo legislativo e do órgão como um todo. A interdependência dos poderes é um dos pontos centrais do Estado Democrático de Direito, e causaria muitos danos a ele se um dos poderes se sobrepusesse aos outros. O risco de que o Judiciário tome funções do Legislativo existe, de modo que é vital que se faça delimitar o alcance de cada um dos poderes, para que eles possam funcionar harmonicamente.

5 - Direito penal vs. direito constitucional

Os supostos dispositivos violados e os demais motivos que conduzem a argumentação da requerente devem ser considerados sob a ótica do direito penal e do processo penal? Ou trata-se de um caso essencialmente político-constitucional?

5.1 Garantias penais na ADPF 402

5.1.1 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, decorre do art. 5º, inciso LVII, que prevê que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Segundo Aury Lopes Jr, a presunção de inocência se compõe em duas dimensões: uma dimensão interna e uma dimensão externa (LOPES JR, 2014). Em sua dimensão interna, a presunção de inocência é um dever de tratamento que deve ser obrigatoriamente observado por todos os agentes processuais. Essa mesma dimensão interna do princípio elencado, se desdobra no ônus da prova como incumbência única e exclusiva do acusador, na dúvida sempre como fator de absolvição (*in dubio pro réu*) e nas restrições ao uso das prisões cautelares. Já na dimensão externa, que é a que mais interessa no estudo da ADPF 402, a presunção de inocência exige a proteção contra publicidades abusivas que possam estigmatizar, prematuramente, o réu.

Desta maneira, um impedimento imposto ao deputado federal presidente poderia ser considerado um desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. De modo contrário, há que se relevar a condição política tida como “especial” na ordem constitucional.

Ademais, é recorrente o argumento de que não há estigmatização ou culpabilidade antecipada, na medida em que o que se discute em torno da ação penal é de interesse maior do Povo soberano no sistema democrático. Portanto, os julgadores devem se ater ao caráter do julgamento desta Arguição de Descumprimento: trata-se primordialmente e essencialmente de uma ação política, que leva em conta a probidade administrativa e uma interpretação sistêmica da Constituição ou, por outro lado, trata-se de uma ação híbrida, que engloba, necessariamente, aspectos importantes do processo penal?

5.1.2 Analogia in bonam partem

Numa relação íntima com a presunção de inocência, outro princípio do direito penal e do processo penal é o da analogia *in bonam partem*. Segundo esta orientação, a analogia feita em virtude de lacuna da Lei só pode ser feita para beneficiar o réu, nunca para agravar sua situação (BITENCOURT, 2010, p.180).

Tal garantia, é corolário do princípio da reserva legal, que traduz, por sua vez, a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. No caso concreto da ADPF 402, é possível refletir em que medida – se é que pode ser aplicado, esta garantia pode ser utilizada como um argumento pela improcedência da ação. Esclarecendo: é possível afirmar que a impossibilidade de réu ocupar alguma cadeira da linha sucessória seria uma analogia *n malam partem*? Ou, mais uma vez, trata-se de um cuidado político constitucional?

II. HC 126.292 (Execução Antecipada da Pena)

1. O HC 126.292/SP:

Marcio Rodrigues Dantas foi condenado, em primeira instância, no foro de Itapeverica da Serra, interior de São Paulo, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado por emprego de arma e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II do CP). Na sentença, lhe foi garantido o direito de recorrer em liberdade:

Permito ao sentenciado Márcio Rodrigues Dantas que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva.

Somente a defesa interpôs recurso no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou o seu provimento e expediu mandado de prisão contra o réu. Foi certificado o trânsito em julgado para o Ministério Público em 13 de dezembro de 2013, por não ter recorrido da sentença condenatória.

Contra o mandado de prisão expedido, foi ajuizado Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça (HC 313.021/SP), requerendo liminarmente a suspensão do mandado de prisão e o direito de recorrer em liberdade, alegando não ter o TJSP apresentado qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva, nem haver qualquer fato novo que justifique a prisão, depois de transcorridos um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após ter sido posto em liberdade e, por fim, sem que tivesse operado o trânsito em julgado sobre a condenação.

O pedido liminar foi indeferido pelo relator do caso no STJ, Ministro Rodrigues Dantas, que alegou, em síntese, ser incabível impetração de habeas corpus, como substitutivo de recurso, no caso, por ser cabível, ainda, interposição de Recurso Especial, amparado em entendimento majoritário das Quinta e Sexta Turmas do STJ.

Diante desse indeferimento no Superior Tribunal de Justiça, impetrou-se habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, requerendo, liminarmente, fosse suspenso o mandado de prisão exarado pelo TJSP e, definitivamente, o reconhecimento do direito do réu de recorrer em liberdade.

2 - Princípio da Presunção de Inocência e a Coisa Julgada

O chamado "Princípio da Presunção da Inocência" pode ser entendido, em linhas gerais, como a lógica altamente difundida na sociedade de que ninguém deve ser entendido como culpado, até que se prove o contrário. Contudo, por mais que essa percepção social compreenda o espírito do Princípio, cabe uma maior digressão sobre sua localização constitucional e sua reverberação no conteúdo processual.

Para trabalhar tal questão, dois princípios surgem de modo complementar: o *in dubio pro reo* e o já elencado Princípio da Presunção de Inocência. Inicialmente, para uma percepção de diferenciação entre os dois, cabe comentar que:

"O *in dubio pro reo* decorre do princípio da presunção de inocência e como tal é fundamental para proteção da liberdade do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito. A expressão "preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente" demonstra a essencialidade (sic.) do princípio do *in dubio pro reo* que visa evitar o cometimento de arbitrariedades pelo Estado e proteger a inocência dos acusados até que se prove sua culpabilidade." (DOS SANTOS, 2014).

Já presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o princípio da Presunção da Inocência adentra a nossa ordem jurídica pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, datada de 1948, onde em seu art. XI, na fração inicial, reza que:

Artigo XI

1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

Promulgado em vários outros diplomas como a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (1950), no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 16 de Novembro de 1966, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), este vem comungar entendimento firmado ao tempo do diploma de 1948 da ONU que

em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o

princípio da presunção da inocência como garantia ao justo processo (GIACOMOLLI, 2014).

Para continuar a discussão, dentro do nosso ordenamento constitucional, faz-se mister trazer à lume o art. 5o, LVII da Constituição brasileira de 1988: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para entender como se extrai da narrativa constitucional o princípio do artigo referido supra, deve-se inicialmente partir de uma reflexão sobre o processo enquanto lógica. Em linhas gerais, num Estado Democrático de Direito, entende-se que o processo tem função máxima de colocar os conflitos de direito material em contraditório frente ao poder do Estado, promovendo ao fim uma prestação jurisdicional positiva. Tal prestação põe fim à uma das fases do processo *lato sensu* (desconsiderando especificidades das mais diversas áreas do Direito, quais sejam o Civil, Tributário, Trabalhista ou Penal, por exemplo) conhecida como Fase de Conhecimento. Contudo, mesmo que encerrada a Fase de Conhecimento, é recepcionado pelo ordenamento jurídico com força de norma constitucional pelo Pacto de São José da Costa Rica (aprovado pelo Decreto número 678/92) o direito ao duplo grau de jurisdição. Reza o Pacto, em seu art. 8º, "h", que:

Art. 8º: Garantias Judiciais

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

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. *direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.* (grifo nosso)

Ou seja, o princípio/direito ao duplo grau de jurisdição representa o direito de qualquer pessoa recorrer de sentença proferida por juiz de instância inferior a uma instância recursal superior. Contudo tal direito tem alcance finito, visto que existem limitadas instâncias recursais.

Se entendida a decisão proferida pelo judiciário como errada, é passível às partes recorrer e impugnar estes pontos, requisitando que tribunal superior profira decisão colegiada sobre a questão. Só que, como referido acima, este é um instrumento finito, onde eventualmente não caberá mais recursos, devendo ser aceita a decisão final apresentada.

Por outro espectro, pode-se ainda entender que as partes entendam que a questão tenha sido decidida de modo correto, não havendo motivos para insurgir contra nenhum ponto. Em ambas as situações narradas (quais sejam concordar com a decisão ou recorrer a tribunal superior e receber revisão da sentença dada), o processo eventualmente chega ao fim e a decisão não pode mais ser questionada. Quando há esta definição, diz-se que a decisão transitou em julgado, sendo este aspecto essencial para interpretarmos o art. 5º, LVII da CF/88.

O trânsito em julgado promove a chamada "Coisa Julgada", ou seja, como explicado acima, decisão que não cabe mais questionamento pela via jurisdicional. O Direito tem como função precípua a limitação do poder do Estado e a garantia dos direitos do cidadão, tendo a Constituição Federal de 1988 o estatuto máximo nesta ordem. O Constituinte promoveu assim o Princípio da Presunção da Inocência no corpo de seu texto pelo meio do processo.

Ou seja, a definição de culpa ou inocência do réu só pode ser dada de modo pacífico esgotada todas suas capacidades de recorrer e requerer revisões sobre as decisões proferidas pelo poder judiciário. Comenta a doutrina que:

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiram do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. Adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional de um modelo de processo penal.

(...)

O partir da inocência e não da culpabilidade induz a importantes regras probatórias. Primeiramente, diante da presunção de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. Na falta desses, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário status de inocência." (GIACOMOLLI, 2014)

Se percorrido todo o processo, com vistas ao contraditório e à ampla defesa do réu, e fora alcançada sentença penal condenatória, cabe ao Estado promover por meio de seus aparelhos de coerção a execução de pena, podendo esta variar desde multa e atividades socioeducativas até penas de privação de liberdade. Reza o Código de Processo Penal que:

Art. 669, CPP. *Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença*, salvo:
I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;
II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos (grifo nosso).

Com ressalvas às prisões preventivas, que serão tratadas neste Guia posteriormente, essa é a regra constitucionalmente norteada a ser seguida. Sendo assim, a presunção da inocência tem valor ímpar no sistema jurídico brasileiro, cabendo como o pressuposto onde todos têm o status de inocentes até que se prove o contrário, cabendo ainda como freio à pretensão estatal de promover execução de penas contra os cidadãos que não foram condenados e tiveram este status retirado.

3 - Prisão Preventiva e Execução Provisória da Pena:

A prisão preventiva, como prevista no Código de Processo Penal, consiste na limitação ao direito de locomoção do réu, como medida cautelar, antes que se opere o trânsito em julgado da sentença condenatória. É, portanto, medida, por essência, excepcional e deve ser imposta apenas em casos de necessidade de garantia de um dos seguintes objetivos: a aplicação da lei penal, a ordem pública, a ordem econômica ou a conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ainda, o art. 312 exige, necessariamente, o cumprimento de dois requisitos para que seja decretada a prisão preventiva: a prova da materialidade do crime e o indício suficiente de autoria.

O art. 313 do CPP arrola, taxativamente, as hipóteses em que se autoriza a decretação da prisão preventiva:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

A prova nos autos de que o caso se trata de exclusão da ilicitude – estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, nos termos do art. 23, caput, I, II e III do CP – impede que seja imposta a prisão preventiva.

Por se tratar de cerceamento de liberdade do réu, sem condenação transitada em julgado, a prisão preventiva, como explicitamente esclarecido pelo legislador, só pode ser imposta em *ultima ratio*, na medida em que deve ser preterida em relação às demais medidas cautelares previstas no ordenamento processual penal.

Assim, a princípio, a prisão preventiva não tem como objetivo a antecipação da execução da pena cominada mas ainda não definitiva. Tem, na verdade, natureza explicitamente acautelatória, ou seja, se presta a garantir a efetividade da própria ação penal. Isso não impede, no entanto, que, no caso de trânsito em julgado de sentença condenatória, que o tempo cumprido preventivamente seja abatido da pena imposta, conforme previsão da detração penal, nos termos do art. 42 do Código Penal:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior

A execução provisória da pena não tem previsão expressa no ordenamento processual penal pátrio, mas é mecanismo de construção jurisprudencial no direito brasileiro. Inicialmente, interessante destacar o art. 283 do CPP autoriza a prisão como medida provisória, ainda que não haja o trânsito em julgado da condenação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva

Do teor desse dispositivo pode se depreender, por consequência, que a sistemática não rejeita que a pena seja executada antes que haja condenação definitiva. A análise, tanto de fatos, em instrução probatória, quanto do direito envolvido no caso concreto, em dois graus de

jurisdição pode se mostrar, muitas vezes, discussão suficiente da controvérsia, o que justifica a execução antecipada da pena.

Isso ocorre em garantia da própria efetividade do processo penal, vez que, em larga quantidade de casos, a longa espera pelo julgamento dos recursos direcionados às instâncias especiais (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) se traduz na prescrição da pretensão executória, frustrando os próprios fins da ação penal. O que se sustenta é que, na verdade, a Constituição Federal não exige, como pressuposto para a imposição da prisão, o trânsito em julgado, mas ordem escrita e fundamentada.

Sustenta-se que não há afronta à liberdade do acusado, em se considerando que há extensa análise do conteúdo probatório, não se tratando de autorizar prisão sem prévia fundamentação, mas pretende-se garantir a proteção da sociedade e, em último fim, da própria ordem pública, em vedação à proteção (nesse caso, penal) insuficiente.

Essencial pontuar que esse entendimento encontra grande divergência doutrinária, havendo vultosa parcela de processualistas que vê a execução provisória da pena como afronta direta ao princípio constitucional da presunção de inocência, não podendo ser flexibilizado diante de argumentos de natureza pragmática.

4 - Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal:

Em entendimento sumulado em 2003, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

A súmula se sustenta na concepção de que a antecipação que se pretende alcançar pela *habeas corpus* está em desacordo com os princípios processuais da hierarquia dos graus de jurisdição e da competência. Em outras palavras, é a vedação à supressão de instâncias. Decorre diretamente desse raciocínio o entendimento majoritário nos tribunais de que é incabível o uso de *habeas corpus* como substitutivo recursal quando, no caso, ainda for cabível interposição de recursos ordinários e extraordinários, previstos na legislação processual penal.

Nesse sentido, importante destacar que a aplicação do teor da súmula não afasta que a Corte corrija situação de manifesta ilegalidade, por se tratar de questão de ordem pública, que não pode deixar de ser apreciada quando identificada pelo magistrado.

5 - Overruling:

A ferramenta do *overruling* é usada por uma corte para revisitar tese anteriormente estabelecida, quando entende que seus fundamentos não se sustentam ou não se justificam mais. É, portanto, a superação de um entendimento já firmado (DIDIER, 2013).

Para a compreensão aprofundada do instituto do *overruling*, é importante entender o processo de formação de um precedente judicial, mecanismo adaptado para o Direito brasileiro dos países de tradição do *common law*. Os precedentes são, como adotados no Brasil, “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso” (LARENZ, 2009). Dessa forma, são instrumentos de garantia da segurança jurídica e de soluções isonômica, vez que asseguram que casos semelhantes recebam a mesma resposta da jurisdição. Entretanto, seria óbvio esclarecer que não existem casos idênticos, cada demanda proposta em juízo apresentará sua particularidade. Nesse sentido, a aplicação dos precedentes exige que os casos tenham suporte fático semelhante e que levem a uma mesma controvérsia de direito.

Essa controvérsia de direito é, portanto, o objeto de análise da discussão que levará à formação de uma tese jurídica, que é o próprio precedente judicial. Diante disso, os motivos e fundamentos determinantes para a formação dessa tese compõem a *ratio decidendi*, que é, em outras palavras, o pilar de sustentação do precedente, os argumentos sem os quais a decisão não se mantém. E é esse pilar que deve ser atacado no *overruling*, deve-se provar a superação dos fundamentos da tese, que deverá, então, ser substituída por entendimento diverso diante da nova realidade jurídica. No mesmo sentido:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a *perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica* – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta. (MARINONI, 2012, p. 393; grifo nosso)

O *overruling* é, deste modo, técnica de aplicação de precedentes diversa do *distinguishing*, vez que aquele demonstra a inadequação da tese firmada diante do contexto jurídico vigente, enquanto que este não se pretende a desconstruir o precedente, mas demonstrar que o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a adequação da tese.

III. MS 34070 e MS 34071 (Nomeação do ex-presidente Lula como ministro-chefe da Casa Civil)

1 - O caso em tela: MS 34070 e 34071

1.1 - A nomeação do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva

Em meados de fevereiro de 2016, o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva tornou-se alvo da Operação Lava-Jato em sua 24ª fase, chamada Aletheia, desde que, em 29 de Fevereiro de 2016, foi proferida decisão pela Vara Federal do Paraná determinando a condução coercitiva do mesmo para prestar depoimentos na Polícia Federal.

As investigações relativas ao Ex-Presidente diziam respeito, basicamente, à: possível ocultação de propriedades em nome de terceiros, reformas realizadas em um triplex no Guarujá pela construtora OAS, bem como, possíveis pagamentos realizados em favor do instituto Lula e LILS Palestras.

Em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo apreciou o pedido de prisão preventiva apresentado pelo Ministério Público, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, e declinou sua competência para o Juízo Federal de Curitiba.

Em 16.03.2016 a Presidente Dilma Rousseff nomeou o Ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, desencadeando na impetração dos MS 34070 e MS 34071.

1.2 - Mandado de Segurança Coletivo com Pedido Liminar 34070

O Partido Popular Socialista – PPS, representado por seu presidente nacional, Deputado Federal Roberto João Pereira Freire (PPS/SP), com base no art. 5º, LXX, a, da CR/88, e no art. 21, da Lei n. 12.016/2009, impetrou mandado de segurança coletivo contra o ato da Presidente da República Dilma Rousseff, de nomeação e posse para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, alegando desvio de finalidade. À época, a Presidente Dilma havia nomeado Lula com o intuito deste ajudar na negociação com partidos políticos para formar uma base de apoio ao governo, que se via ameaçado pela possibilidade da aceitação pelo Congresso, do pedido de *impeachment* contra a Presidente. O

problema da nomeação é que o ex-Presidente estava envolto nas operações da Polícia Federal na Lava-Jato e já havia sido alvo de condução coercitiva pela PF, de modo que sua nomeação para a Casa Civil foi alvo de suspeitas, como se tivesse ocorrido para única e exclusivamente proporcionar a Lula o foro privilegiado, e desacelerar as investigações contra ele. O PPS, então, decidiu impetrar um mandado de segurança contra a nomeação do ex-Presidente por entender que esta não estava de acordo com a finalidade do cargo, mas sim para blindar Lula do alcance da justiça de 1ª instância, de modo que o desvio de finalidade estaria comprovado e assim, o ato administrativo de sua nomeação seria inválido.

2 - O Mandado de Segurança

Mandado de segurança é uma classe de instrumento processual que visa proteger direito líquido e certo, o qual não seja amparado por habeas data ou habeas corpus. Sua previsão é constitucional, sendo encontrada no rol de direitos fundamentais do art 5º da CF/88. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Contudo, este não detém somente a previsão na Carta Magna. Sua organização e definição de procedimento é ordenada pela Lei 12.016/2009 a qual, em seu art. 1º, reza que:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Vemos então, com a leitura de sua definição e requisitos, que se trata de procedimento que visa proteger direito líquido e certo contra ilegalidades ou abuso de poder. Partimos então à reflexão do que são essas condicionantes ao uso deste instrumento.

Direito líquido e certo, de modo geral, pode ser entendido como aquele direito que não necessita de maiores comprovações para ser visualizado e constatado. Está ali, disponível à vista de todos e que com simples apreciação se faz notado. Não são necessárias delongadas instruções probatórias ou é capaz de questionamento: é quantificável e indubitável.

Outro conceito que deve ser explorado dentro desta definição sobre o cabimento do Mandado de Segurança é referente à ilegalidade ou abuso de poder exercido por autoridade. Primeiramente, por autoridade deve-se entender, lato sensu, por membro do poder público ou particular no exercício de função pública. Em segundo lugar, no que cabe ao ato ilegal ou abuso de autoridade, faz-se mister avançar em reflexão que será apresentada nos tópicos posteriores: a atividade pública exercida por meio dos gestores do poder público é pautada pela legalidade (em contraposição à autonomia da vontade, norteadora das relações de direito privado), sendo a este autorizado realizar ou proceder nos estritos termos do texto legal. Sendo assim, se o gestor de algum poder público transgredir o texto legal ou abusar de seu poder para lesar direito alheio, é constatada ilegalidade que pode ser questionada por Mandado de Segurança.

2.1 - Do Mandado de Segurança Coletivo

Previsto pela Constituição Federal de 1988, o Mandado de Segurança Coletivo é um desdobramento da sua forma individual, pretendendo “à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza” (MORAES, 2009). Este é previsto no art. 5º, LXX, onde reza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Contudo, no que cabem aos legitimados ativos acima citados, deve-se maior atenção para análise de nosso caso em tela o referido na alínea “a”, quais sejam os partidos políticos. Estes tiveram sua legitimidade ativa controlada por um critério material com o advento da Lei 12.016/2009, onde em seu art. 21 traz que:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte,

dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Dado o apresentado, deve-se atentar ao apreciar tal ação se o polo ativo da demanda está cumprindo os requisitos formais e materiais para que assim se alcance o mérito da questão.

3 - Princípios da Administração Pública

Os princípios do direito administrativo têm a pretensão nortear a elaboração de atos da administração, visando o interesse público, contrabalanceando os poderes do Estado com os direitos da sociedade de um modo geral. No texto constitucional, o artigo 37, caput, elenca taxativamente os princípios que devem pautar a administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A administração pública é limitada pela lei, não podendo se exceder além do que a lei permite. A validade dos atos administrativos decorre de sua adequação com o texto legal, com a limitação do Estado pela lei sendo um importante instrumento para o Estado de Direito. Em caso de ilegalidade administrativa, como a criação, não prevista em lei, de alguma obrigação, o controle judicial será acionado por meio de algum remédio constitucional. Insta salientar que, se tratando do Princípio da Legalidade, este baliza um importante aspecto dos atos administrativos no geral: a presunção de legitimidade e veracidade (MEIRELLES, 2016). Basicamente, é este o escopo normativo do princípio da legalidade.

O princípio da moralidade trata da honestidade na Administração Pública, com os atos desta tendo de visar o bem público. O uso do poder do Estado para atender fins escusos ao interesse público ou contrário à lei, configura desvio de poder, ferindo o princípio da moralidade.

Por sua vez, o princípio da impessoalidade se refere a necessidade da Administração Pública de atuar com o interesse público sendo o seu único guia, não devendo buscar atingir, positiva ou negativamente, particulares. Já o princípio da eficiência trata de um uso otimizado dos recursos públicos, visando uma administração realizando as atividades de forma célere e com boa qualidade, de modo a haver um máximo de produtividade com o mínimo de despesas

possível, sendo essas somente as essenciais para o funcionamento da máquina, evitando o desperdício e prejuízos, tanto de ordem financeira quanto de tempo.

O princípio da publicidade se refere ao fato de que os atos administrativos têm de ser publicizados de forma que a população possa ter ciência de sua existência, e assim de seus efeitos, uma vez que tais atos são elaborados visando o interesse público, não podendo assim, estarem restritos ao conhecimento de poucos. A transparência dos atos administrativos também contribui para a busca e a manutenção da moralidade na Administração Pública.

4 - Atos Administrativos

Os atos administrativos são atos do Executivo com efeitos jurídicos imediatos envolvendo o direito público, envolvendo tanto autorizações de utilização de um bem público quanto uma nomeação para cargos dentro da Administração Pública. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, ato administrativo é, portanto, toda e qualquer “manifestação unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, 2016). Sua finalidade deve se apresentar como decorrente da lei e de interesse público, isto é, não pode ir contrariamente à lei, pois os efeitos jurídicos do ato, além do ato em si, seriam inválidos e não pode servir para o atendimento de interesse particular. Somente a título de complementação, há que se lembrar que os fatos jurídicos, por sua vez, correspondem simplesmente ao cumprimento de decisão administrativa prévia, configurando mero meio executório na Administração Pública (MEIRELLES, 2016).

Preleciona o supracitado doutrinador que, para que determinado ato administrativo possa ser considerado como tal, é necessário que a manifestação da Administração observe determinados requisitos, mais especificamente a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto de tal ato, com o intuito de revesti-lo da legitimidade requerida no Direito Público administrativo. No caso em concreto a ser esmiuçado pelos delegados(as) ministros(as), em virtude das nuances que o identificam, cabe a este Guia adentrar mais profundamente no requisito da finalidade.

A finalidade configura-se, singelamente, no interesse público a ser atingido por um ato proveniente da Administração Pública (MEIRELLES, Hely Lopes, 2016). Em outras palavras, é dizer que um ato administrativo só pode ser assim considerado caso vise, enfaticamente, o bem coletivo comum à sociedade, em consonância com as premissas mais básicas do Direito Administrativo e da principiologia ditada pelo artigo 37 da Constituição.

Feitos os devidos esclarecimentos, podemos direcionar a teoria aqui discutida ao objeto dos Mandados de Segurança n. 34070 e n. 34071. Neste ponto de discussão, ainda no campo dos atos administrativos, é imprescindível suscitar a seguinte reflexão aos juízes da Suprema Corte: o ato de nomeação praticado pela Presidente Dilma, consiste num ato administrativo discricionário? Ou, lado outro, a escolha de Lula como Chefe da Casa Civil configura um ato arbitrário? A fim de construir base para o exercício proposto, faz-se mister recorrer, uma vez mais, a Hely Lopes Meirelles, que trata do tema com refinamento técnico indiscutível.

Os atos discricionários estão inseridos como tipo de atos administrativos. Nessa linha, Meirelles aduz que o ato discricionário é aquele em que, por conveniência, a Administração Pública escolhe seu conteúdo, destinatários, modo de realização e etc, buscando resguardar e efetivar o interesse público. No entanto, cabe ressaltar que os atos desta categoria devem, assim como tudo aquilo que envolve a Administração Pública, estar amplamente escorados na lei. A partir desta última ressalva é que o autor avisa para a distinção entre os atos discricionários e os atos arbitrários. Segundo o estudioso, enquanto os primeiros são pautados na liberdade conferida legitimamente pela lei ao administrador, estes últimos são ilegítimos, vez que dispõem contrariamente ao texto legal, inclusive ao texto constitucional.

No caso concreto dos Mandados de Segurança, caberá aos delegados interpretar o teor do artigo 84, inciso I, da Constituição Federal dentro da dinâmica do Direito Administrativo.

Portanto, tendo em vista os princípios constitucionais e preceitos administrativos que envolvem os feitos em julgamento, é tarefa dos eminentes ministros da Corte saber traçar a linha tênue entre um ato discricionário político e um ato arbitrário, em última análise: entre Direito e Política.

5 - Controle Judicial dos Atos Administrativos

O controle judicial faz-se necessário para assegurar que os atos administrativos atendam aos princípios constitucionais da Administração Pública e figurem dentro dos demais requisitos legais, com a atividade jurisdicional podendo declarar a invalidade de um ato caso tais exigências não sejam observadas. Como foi possível denotar, o Direito Administrativo é inteiramente lastreado na Lei e na Constituição, fato que, por si só, justifica e legitima a incidência do poder jurisdicional enquanto verdadeiro controle da atividade do administrador. Em um exercício mais profundo, é inequívoco firmar que, por se tratar de atividade do Estado que produz impacto direto e imediato na vida dos cidadãos, a Administração Pública, mais do que pode, ela deve, impreterivelmente, ser fiscalizada pelo Judiciário.

No entanto, pontua-se que tal prestação jurisdicional só pode ser exercida em face dos atos administrativos que possam ameaçar ou lesionar direitos individuais ou coletivos. A fim de que se possa solucionar conflitos em potencial, a Constituição Federal se preocupou em criar remédios constitucionais para proteção de direitos individuais ou coletivos de eventuais abusos por parte do Estado. O mandado de segurança coletivo é um desses institutos, podendo ser usado por partidos políticos para proteger direitos de natureza político-administrativo, como argumentou o PPS quando da impetração do Mandado de Segurança 34070.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BBC, 2015. Disponível em:

http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150318_dilma_aprovacao_reprovacao_cc. Acesso em 23 de dezembro de 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral I*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierparolo Cruz. *Réus podem integrar linha sucessória da Presidência da República*. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/pierpaolo-bottini-nem-todo-reu-afastado-linha-sucessoria> Acesso em: 3 Jan de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 86 Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Ministério Público Federal. Inquerito nº3983/DF - Distrito Federal. 20 de Agosto de 2015.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1>

Acesso em: 03 Jan de 2017

DATAFOLHA, 2015. Disponível em:

<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/02/1587329-aprovacao-a-governo-dilma-rousseff-cai-e-reprovacao-a-petista-dispara.shtml>. Acesso em 23 de dezembro de 2016

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 15 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

ESTADÃO, 2015. Disponível em:

<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-perde-apoio-no-conselho-de-etica-para-evitar-processo-de-cassacao,10000000399>. Acesso em 26 de dezembro de 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015

FOLHA DE SÃO PAULO, 2015. Disponível em:
<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1599447-teori-divulga-lista-com-54-investigados-da-lava-jato.shtml> Acesso em 26 de dezembro de 2016

FRANCA, Felipe Gallo da. A Judicialização da “Megapolítica”: O Supremo Tribunal Federal no contexto de controle de constitucionalidade em questões eleitorais. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

G1 - O portal de notícias da Globo, 2015. Disponível em:
<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/02/eduardo-cunha-e-eleito-presidente-da-camara-dos-deputados.html>. Acesso em 23 de dezembro de 2016

GIACOMOLLI, Nereu José, Comentário ao art. 5o, LVII, In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLEI, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo. Saraiva/Almedina, 2013, p. 440-445.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 3ª ed: Oxford, Ed. Clarendon Law Series, 1961

KLATAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). Disponível em:
<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5 ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian.

LEITER, Brian. *Why Legal Positivism?* Disponível em:
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1386&context=public_law_and_legal_theory Acesso em: 03 Jan de 2017

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. "Lei transformou partidos em meras associações de classe". *Conjur*.

2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-nov-23/lei-ms-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe> . Acesso em: 31/03/2017.

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SANTINI, Mateus Pieroni. O controle de constitucionalidade à luz do fenômeno do (neo) constitucionalismo e a sua evolução no direito brasileiro rumo à minimização do modelo difuso. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2012.

SANTOS, Andre Anderson Damasceno dos. Aplicabilidade do princípio do *in dubio pro reo* na decisão dos jurados do Tribunal do Júri. Jurisway. 2014. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13833 . Acesso em: 31/03/2017

_____. *Aplicabilidade do princípio do in dubio pro reo na decisão dos jurados do tribunal do júri*. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13833. Acessado em: 14 de maio de 2017

STF, 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=311301&caixaBusca=N>.
Acesso em 26 de dezembro de 2016