



Roger Machado

**A LICENÇA PRÉVIA DO PARLAMENTO PARA PROCESSO PENAL
CONTRA GOVERNADOR E SUA IMPOSSIBILIDADE NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE DE UMA
RESPOSTA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia – do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para obtenção do título de bacharel em Direito.

Lajeado, novembro de 2013

Roger Machado

**A LICENÇA PRÉVIA DO PARLAMENTO PARA PROCESSO PENAL
CONTRA GOVERNADOR E SUA IMPOSSIBILIDADE NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE DE UMA
RESPOSTA CONSTITUCIONAL**

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Prof^ª. Ma. Eliane Fontana – orientadora
Centro Universitário Univates

Prof^ª. Dra. Luciana Turatti
Centro Universitário Univates

Prof. Me. Eduardo Pires
Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC

Lajeado, 20 de novembro de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, Osmar e Beatriz, e a meus irmãos, Michele e Eduardo, por me fazerem compreender na vida o que nenhuma leitura teria feito com tanta proficiência: o verdadeiro significado e valor da família. A eles também dedico esta pesquisa.

Agradeço aos meus amigos, da área jurídica ou não, pelas constantes discussões, o que sempre incentiva a novas pesquisas e reflexões.

Agradeço, especialmente, à professora Eliane Fontana, que representa, em essência, a função orientadora. Todos os conselhos, sugestões, referências bibliográficas. Enfim, a colaboração incansável com a construção do trabalho. Resumiria tudo, dizendo que é coautora da pesquisa, em razão da intensa participação em todas as etapas desta monografia.

Também quero agradecer à professora Bianca Bertani pelas provocações na disciplina de processo penal, naquele momento tão incompreendidas de minha parte, e já tive oportunidade de reconhecer isso pessoalmente a ela. Resultou daí o interesse mais intenso por leituras diferentes sobre Direito.

Por fim, agradeço à professora Luciana Turatti pela presença marcante na Banca Examinadora, com observações de elevadíssima pertinência e com sugestões tão sensatas e coerentes que, confesso, não tive escolha: Atendi a todas elas, dentre as quais, a mais significativa, que culminou na modificação do título da monografia.



“Lembremos que os homens são tão tolos que se acautelam contra os danos que lhes possam causar furões ou raposas, mas ficam contentes, ou acham até seguro serem devorados por leões” (Locke, John).

RESUMO

Os Governadores de Estados-membros ou do Distrito Federal, enquanto detentores do cargo, só respondem criminalmente perante o Superior Tribunal de Justiça pelos atos que cometerem caso haja uma autorização prévia do respectivo Parlamento. A licença prévia como condição de procedibilidade para o processo foi estabelecida tanto na Lei Orgânica do Distrito Federal quanto em outras 25 Constituições estaduais – exceção feita à Constituição de Minas Gerais. O objetivo desta monografia é examinar, por meio do método dedutivo, de procedimento técnico bibliográfico e documental e pesquisa qualitativa, a constitucionalidade de tal licença no Estado Democrático de Direito brasileiro, utilizando-se para isso, num primeiro momento, de um resgate histórico de aspectos e características relevantes da formação do Estado Moderno até o modelo de Estado implantado no Brasil pela Constituição Federal de 1988. Posteriormente, é dado um enfoque às características do Poder Executivo no paradigma constitucional pós-Constituição Federal de 1988, às relações com o Poder Legislativo, mormente no âmbito estadual, além de abordar o princípio da separação de poderes e uma breve exposição sobre a natureza jurídica da licença prévia sob estudo. Finalmente, a licença prévia é posta à prova a partir de seu estudo tendo como parâmetro de constitucionalidade alguns princípios elementares do Estado Democrático de Direito brasileiro, a saber, o princípio federativo, o princípio republicano, o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional e da separação de poderes, o princípio da proporcionalidade, encerrando-se com algumas considerações sobre o papel da jurisdição constitucional como elemento indispensável para superação do estado de inconstitucionalidade da licença prévia. Em conclusão se demonstra que a licença prévia viola todos os princípios citados e se reforçou a importância do desencadeamento das ações penais e da adequada punição dos Chefes dos Executivos estaduais, a fim de manter íntegro o programa constitucional vigente.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. Estado Democrático de Direito brasileiro. Inconstitucionalidade. Licença prévia. Processo contra Governador.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AL – Assembleia Legislativa
- AP – Ação penal originária do Supremo Tribunal Federal
- Apn – Ação Penal originária do Superior Tribunal de Justiça
- CF/88 – Constituição Federal de 1988
- CL – Câmara Legislativa
- DF – Distrito Federal
- Inq - Inquérito
- HC – Habeas Corpus
- LO/DF – Lei Orgânica do Distrito Federal
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- Pet – Petição
- PGR – Procuradoria-Geral da República
- QO – Questão de ordem
- Rcl – Reclamação
- RE – Recurso Extraordinário
- REsp – Recurso Especial

SF – Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE O ESTADO MODERNO.....	15
2.1 Estado: Noções conceituais e origem do chamado Estado Moderno	15
2.2 O primeiro modelo de Estado Moderno: Monarquia absolutista.	20
2.3 O segundo modelo de Estado Moderno: O Estado Liberal.....	22
2.4 O Estado de Direito nas suas três variações: Liberal, Social, Democrático.....	26
2.5 O perfil do Estado Democrático de Direito brasileiro pós-CF/88.....	40
3 O PODER EXECUTIVO BRASILEIRO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL PÓS-CF/88.....	45
3.1 Funções e responsabilidades do Presidente da República e os reflexos nos Poderes Executivos estaduais.	45
3.2 O princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito. Aspectos históricos e contornos jurídico-constitucionais.	58
3.3 A licença prévia como condição para processo contra o Chefe do Executivo	65
3.4 Das relações entre Executivo-Legislativo. O presidencialismo de coalizão e o ultrapresidencialismo.	73
3.5 A inconstitucionalidade da licença prévia, segundo posições da PGR e da OAB.....	82
4 A LICENÇA PRÉVIA PARA PROCESSO PENAL CONTRA GOVERNADOR E SUA IMPOSSIBILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA CONSTITUCIONAL.....	86

4.1 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo.	87
4.2 O republicanismo na atualidade: A responsabilidade do administrador público e notas sobre o princípio da igualdade.	98
4.3 A inafastabilidade do Poder Jurisdicional.	104
4.4 O princípio da proporcionalidade.	113
4.5 A jurisdição constitucional efetiva como solução para o problema da licença prévia: o STF e o julgamento do HC 102732. O STJ e o controle difuso de constitucionalidade. Mutação inconstitucional e a “carência de normatividade” do art. 105, I, CF/88.	122
5 CONCLUSÃO.	133
REFERÊNCIAS	142

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia, como trabalho de conclusão do Curso de Direito, tem por objetivo analisar a constitucionalidade da necessidade de licença prévia dos respectivos Parlamentos estaduais ou distrital para que se possa instaurar processo penal contra Governadores em razão de cometimento de crime comum.

Há uma previsão constitucional na quase totalidade das Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal (LO/DF) que condiciona a instauração de processo penal contra Governador à prévia licença do respectivo Parlamento. Assim, Governador, no Brasil, só responde por cometimento de crime comum durante o mandato se o Poder Legislativo consentir. Na prática, isso ocorre se sua base de apoio parlamentar é minoria, e, mesmo assim, se os conchavos, trocas de favores, promessas e compromissos políticos (eleitóreiros) não forem suficientes para seduzir outros parlamentares e impedir a concessão da licença.

Com efeito, a sistemática atual impede que o processo seja desencadeado a partir do oferecimento da denúncia ou ajuizamento de queixa-crime, fazendo com que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), antes de qualquer exame sobre a peça acusatória, solicite à Assembleia Legislativa (AL) ou à Câmara legislativa (CL) autorização para o trâmite do processo.

Assim, o problema ora proposto tem a seguinte indagação: Será que, sob uma leitura constitucional, poder-se-ia sustentar como válida a previsão de necessidade de autorização dos Parlamentos – estaduais ou distrital – para que se processe governador de Estado ou do Distrito Federal (DF) por crime comum perante o STJ, fixadas, ademais, todas as exigências dessa autorização em Constituições Estaduais?

Como hipótese inicial, tem-se que a licença prévia não se sustenta, por violar uma gama de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como, em especial, o princípio federativo, o princípio republicano e o da igualdade, o princípio da separação de poderes e o da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, e o princípio da proporcionalidade.

A importância do tema está ligada, sobretudo, à necessidade de submeter-se os administradores públicos aos rigores legais, mormente quando por meios fraudulentos e espúrios, confundem o patrimônio público com o privado, utilizando-se de prerrogativas funcionais para atender interesses pessoais ou corporativos.

É tanto mais grave a corrupção dos agentes públicos e, em especial, do Chefe do Executivo estadual, quando se considera o fato de que o Brasil é um Estado dotado de uma agenda constitucional eminentemente social, em que se sobressaem, conseqüentemente, as funções executivas.

Diante de um quadro como este, em que se tem um Estado Social, com uma extensa lista de direitos a serem promovidos por meio de ações estatais, é de inevitável relevância atuar com rigor nos casos em que haja o descumprimento da agenda constitucional. E, no limite, o ato de corrupção é sempre um ato de desvio funcional que agride, no caso do Chefe do Poder Executivo, um preceito constitucional.

A razão de submeter os Governadores ao adequado trâmite do processo penal, sem lhe permitir a utilização de instrumentos essencialmente políticos para furtar-se às responsabilidades funcionais, portanto, está inevitavelmente atrelada à proteção dos direitos fundamentais dos administrados.

Se as expectativas sociais geradas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) são as mais diversas e extensas, muitas delas dependentes de ações estatais, é imperdoável que os agentes públicos, principalmente aqueles que detêm fortíssimo poder decisório, corrompam-se e ao mesmo corrompam o programa constitucional estabelecido, sem que sejam devidamente responsabilizados.

A indignação com a citada licença prévia está a se revelar em 26 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF). Quatro delas de autoria da Procuradoria-Geral da República (PGR) e outras 22 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Daí porque a monografia buscará, de forma criteriosa,

apresentar argumentos jurídicos consistentes a revelar a inconstitucionalidade de tal licença prévia.

Para tanto, a monografia terá como fio condutor sempre a premissa de que num Estado Democrático de Direito nenhum Poder é absoluto e deve necessariamente obediência irrestrita aos preceitos constitucionais.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, serão abordados aspectos histórico-conceituais sobre o Estado Moderno, resgatando o conceito, origem e as fases pelas quais passou, desde as Monarquias absolutistas até o Estado Democrático de Direito, culminando, já na fase final do capítulo, em uma análise das características do Estado Democrático de Direito brasileiro pós-CF/88.

No capítulo seguinte, será feita uma exposição sobre as características do Poder Executivo brasileiro no paradigma constitucional vigente, traçando as peculiaridades das funções, das responsabilidades e, em especial, da sistemática constitucional estabelecida quanto aos crimes comuns e de responsabilidade. Vale salientar que parcela considerável das observações será referente ao Poder Executivo federal com os retoques necessários para o âmbito dos Poderes Executivos estaduais, quando necessário.

Ademais, também será objeto de exposição e análise nesse capítulo o princípio da separação de poderes, a partir de sua difusão no Estado Liberal clássico até os contornos mais atuais do princípio sob o Estado Democrático de Direito. Some-se a isso algumas considerações sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil e sobre um outro fenômeno, denominado ora de ultrapresidencialismo, ora de hiperpresidencialismo e que, em geral, aponta para um Poder Executivo estadual ainda mais forte e presidencialista do que o Executivo federal, além de uma análise sobre a natureza jurídica da licença prévia sob estudo.

O último tópico do segundo capítulo do desenvolvimento conterà uma síntese dos argumentos tecidos tanto pela PGR, quanto pela OAB, nas ADIs ajuizadas, a fim de dar uma noção geral sobre as razões pelas quais as duas entidades postam-se contra a licença prévia ora analisada e estabelecer os pontos jurídicos sobre os quais será aprofundado o exame da matéria no capítulo seguinte.

No último capítulo do desenvolvimento, a licença prévia cogitada será analisada a partir de seu confronto com princípios constitucionais de elevadíssima importância, a saber, o

princípio federativo, o princípio republicano, o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional e sua intrínseca relação com a separação de poderes, e o princípio da proporcionalidade.

O desenvolvimento ainda reservará uma parte para algumas observações sobre o julgamento pelo STF do Habeas Corpus (HC) 102.732, em que o Tribunal julgou possível que o STJ decreta prisão preventiva de Governador, sem autorização prévia do parlamento respectivo. Quais os argumentos utilizados pelos Ministros para chegar a essa decisão e quais as implicações jurídicas para o caso sob análise e para as teses favoráveis à constitucionalidade da licença? São para essas perguntas que algumas observações serão feitas.

Por fim, demonstrar-se-á, por razões jurídicas, como o STJ pode e deve adentrar na matéria em sede de controle difuso de constitucionalidade, a fim de afastar a necessidade da licença, não dependendo este órgão judicial de uma decisão do STF para tanto.

Para tanto, apresentará um cenário de absoluto descumprimento à norma constitucional inscrita no art. 105, I, da CF/88, no que prevê como competência do STJ julgar Governadores por cometimento de crime comum. Embora previsto constitucionalmente no texto original da CF/88, esse preceito foi manietado pelos textos das Constituições estaduais e pela resistência das ALs em conceder as autorizações para desencadeamento de processos penais. Como resultado, os acusados Governadores só passam a responder criminalmente quando deixam o cargo, circunstância que também afasta a competência do STJ. Logo, o citado dispositivo é praticamente inócuo.

O objeto central da análise está calcado na necessidade de uma resposta enérgica, mas, sobretudo, constitucional para o caso, procurando a partir do aprofundamento de princípios constitucionais afastar uma série de argumentos que têm sido frequentemente utilizados para a defesa da validade da licença prévia como condicionante para os processos penais contra Governadores.

Quanto ao modo de abordagem da monografia, a pesquisa será qualitativa, com o objetivo principal de compreender em profundidade o fenômeno jurídico sob exame, que no presente caso cuida da exigência de licença prévia do Parlamento Estadual ou Distrital para

processar governador por cometimento de crime comum, a fim de identificar sua natureza e alcance e buscar as interpretações possíveis.

O método a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico será o dedutivo, ou seja, abordará alguns conceitos básicos de direito constitucional, penal e processual penal, para dar sustentação ao exame dos aspectos legais relacionados ao tema da monografia.¹

Os instrumentais técnicos equivalem ao uso de material bibliográfico e documental. Terá a pesquisa bibliográfica a finalidade de alcançar os objetivos da futura monografia, procurando responder, com satisfação, ao problema proposto, cujas ferramentas a serem utilizadas serão livros de doutrina e de referência, artigos de publicações periódicas impressas e de sítios especializados; já a pesquisa documental utilizará as normas legais relacionadas ao caso em tela, principalmente a CF/88 e as Constituições estaduais e a LO/DF.

¹MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

2 ASPECTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS SOBRE O ESTADO MODERNO

O exame de constitucionalidade proposto na presente monografia requer uma investigação sobre princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro. Como a CF/88 é resultado, também, de um longo processo histórico-constitucional, impõe-se uma retomada histórica dos conceitos fundamentais de Estado e dos modelos de Estado de Direito até então conhecidos, bem como da estrutura básica de um Estado Constitucional de Direito para se chegar até o modelo brasileiro implantado pela CF/88, passando-se inclusive por uma análise do perfil do Estado Democrático de Direito brasileiro pós-88.

Logo, o enfrentamento do problema proposto pressupõe prévio ajuste das raízes, dos conceitos e fundamentos do Estado Constitucional de Direito, e em particular, dos reflexos sobre o modelo de Estado brasileiro. E esse é o propósito deste capítulo.

2.1 Estado: Noções conceituais e origem do chamado Estado Moderno

De modo geral, a conceituação moderna de Estado pretende, com pequenas variações doutrinárias, identificar três aspectos nucleares que o compõem: povo, território e poder.

Assim, por exemplo, Agra define Estado como “uma entidade jurídico-social, constituída pelo povo, sob um governo soberano estabelecido dentro de um espaço territorial delimitado”.² Segundo o autor:

² AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 02.

Existe a tendência, no pensamento político, de definir o Estado como o último estágio na evolução das instituições políticas, na superação do estado selvagem por um Estado organizado através de normas. Como instituição, compreende três elementos fundamentais: povo, território, e soberania.³

Para Canotilho, Estado é uma “forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de “outros” poderes e “organizações de poder”. Em primeiro lugar, a soberania, que em “termos gerais e no sentido moderno, traduz-se em *poder supremo* no plano interno e num poder *independente* no plano internacional”.⁴ A partir daí se podem descrever os demais elementos:

Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos recortar os elementos constitutivos deste: (1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo do Estado e no monopólio da coação física legítima para impor *efetividade* das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o caráter *originário* da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhece qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).⁵

Entretanto, as causas do surgimento do Estado e o exato momento em que isso ocorreu sempre foram questões intrincadas, assim como a própria definição do significado do termo.⁶

Contudo, independentemente da falta de acordo doutrinário quanto à justificação do Estado, o certo é que o homem tem vivido em sociedade em todos os tempos. Segundo Bastos, muitos autores investiga(ram) as causas dessa criação (a sociedade), que fizeram o homem migrar de uma vida individual para uma vida coletiva. “Quer-nos parecer que nunca será possível identificar uma razão específica para a formação da sociedade. Ela se confunde com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana”, conclui.⁷

³ AGRA, 2010, p. 02.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 89-90. (grifo do autor)

⁵ CANOTILHO, 2002, p. 89-90. (grifo do autor)

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. Ed. São Paulo; Malheiros, 2010, p. 65.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; In: _____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: Pré - constitucionalismo**. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988, v.1, p. 107.

A despeito da dificuldade reconhecida por Bastos, empurrando, talvez, para o mero âmbito da especulação o que aqui se afirmará, é muito provável que uma causa apontada por Hooker e citada por Locke tenha um considerável grau de procedência:

As leis até agora mencionadas (isto é, as leis da natureza) obrigam em absoluto aos homens, mesmo tão-só como homens, embora não tenham tido nunca qualquer camaradagem estabelecida, nem qualquer acordo solene entre si sobre o que fazer ou deixar de fazer; pois que não somos capazes por nós mesmos de nos prover de quantidades convenientes de tudo quanto precisamos para viver conforme nossa natureza o exige de maneira digna de homens; portanto, para suprir os defeitos e imperfeições que em nós estão, ao vivermos isolados e somente em nós mesmos, somos naturalmente induzidos a procurar comunhão e camaradagem com outros indivíduos. Tal a causa por que os homens começaram a unir-ser em sociedades políticas.⁸

Contudo, afirma Bastos, a convivência entre os indivíduos traz consigo o surgimento de desafios voltados à administração de problemas dentro da comunidade. Eles surgem preponderantemente com relação à sobrevivência. Inicialmente, a sobrevivência coletiva sobressai-se em relação à individual. Mas esse fato, a necessidade de manutenção da sobrevivência individual e, agora, da coletiva, faz surgir uma função voltada aos interesses da coletividade, que transcendem aos interesses individuais. “Trata-se do aparecimento do político”⁹ como forma de organização coletiva.

Ainda que se pudesse dizer tímida, a presença da política nesse momento já é perceptível:

Com o surgimento do problema do poder emerge também o daqueles que vão desempenhar a função política. Por mais simples que fossem ainda as comunidades primitivas, e por mais que se conferisse primazia a formas coletivas de resolução desses problemas, o certo é que a história e a antropologia não dão conta da existência de sociedade em que não houvesse a diferença entre homens no que diz respeito ao desempenho dessa função política. O que parece mais certo é que cedo se fizeram valer as diferenças pessoais, de aptidão, de vocação, de disposição para o exercício do mando, de tal sorte que alguns sempre se sobressaíram, ou optativamente, exerceram alguma forma de liderança na condução dos fenômenos sociais. É certo que nessa época se poderia estar muito longe da institucionalização do poder tal como conhecido no mundo moderno; o processo do exercício do poder afigurava-se entremeado com outros aspectos da vida social, por exemplo, o aspecto guerreiro e o aspecto religioso. Não se havia ainda ganho a autonomia do político. Mas o fato de ele não ter nessa época se destacado plenamente de outras funções não quer dizer que já não existisse uma função política.¹⁰

A existência de uma atividade política é que dá azo, na comunidade, à necessidade de governantes e governados. Ou seja, o poder de resolver conflitos e administrar problemas da

⁸ HOOKER, Richard apud LOCKE. John. **Segundo tratado sobre governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2002, p. 21.

⁹ BASTOS, 1988, v.1, p. 107.

¹⁰ BASTOS, 1988, v.1, p. 107-108.

comunidade passa a ser exercido por alguns que terão, então, poder de mando sobre os demais. O poder nesse momento ainda é disperso entre vários agentes.¹¹

Esse tipo de organização coletiva, entretanto, não é concebido como Estado ainda, e a discussão acerca dos fatores que levaram o homem a viver em sociedade deve ser distinta da dos que determinaram a aparição do Estado, porque o “Estado não é senão uma forma muito recente na vida da humanidade organizar-se politicamente”, segundo Bastos.¹²

A designação de Estado como uma sociedade política em permanente convivência deve-se ao contributo de Maquiavel, que cunha a expressão em *O Príncipe*, escrito em 1513.¹³

A obra do autor florentino, escrita em um pequeno volume, contém uma série de observações sobre o governo dos príncipes e sobre as formas de exercício do poder e é inaugurada com a frase que se eternizaria no dicionário político: “ Todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados”.¹⁴

O contexto político em que os textos de *O Príncipe* são escritos (1512 e 1513)¹⁵ é marcado pela volta dos Médici à Florença em 1512, de onde haviam sido expulsos no fim do século XV, devido à agitação e à instabilidade incontroláveis tanto internas quanto externas, levando a conflitos entre os pequenos Estados italianos e entre estes com as poderosas nações vizinhas (França e Espanha).¹⁶

Boa parte da vida de Maquiavel, portanto, passa-se nesse período de convulsão política, em uma Itália dividida por uma série de pequenos Estados sujeitos a ataques constantes e a invasões de estrangeiros.¹⁷

Essas circunstâncias levadas à obra de Maquiavel começam de alguma forma, a partir de suas reflexões, a definir os traços daquilo que se tornaria o desenho do Estado Moderno.

¹¹ BASTOS, 1988, v.1, p. 107-108.

¹² BASTOS, 1988, v.1, p. 107-108.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

¹⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 03.

¹⁵ SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de *virtù*. In: WEFORT, Francisco C. (Org). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O federalista”**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, v. 1, p. 16.

¹⁶ SADEK, 1998, v. 1, p. 15.

¹⁷ SADEK, 1998, v. 1, p. 14.

As pretensões do analista político de Florença estão bem evidentes na carta de envio da obra ao Magnífico Lorenzo de Medici:

Espero que não seja considerado presunçoso que um homem de baixa e ínfima condição ouse examinar e regular o governo dos príncipes; pois, assim como os que desenham as paisagens se colocam embaixo, na planície, para observar a natureza dos montes e dos lugares elevados; e, para examinar a forma dos lugares baixos, se colocam no alto, em cima dos morros; assim, também, para conhecer bem a natureza dos povos, é preciso ser príncipe, e, para conhecer a natureza dos príncipes, é preciso ser do povo.¹⁸

O uso do vocábulo Estado passa a denominar uma forma de organização política que visa atender às necessidades ou às conveniências de determinados grupos sociais, segundo a ampla maioria da doutrina especializada.¹⁹

O Estado Moderno, nesse passo, significa um novo modelo de organização política inaugurada, sobretudo, a partir da necessidade de se viabilizar a busca da unidade nas sociedades medievais marcadas pela fragmentação de poder, que em nível superior era exercido pelo imperador, contando com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida.²⁰

Some-se a isso a “incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial” e a eclesiástica, bem como o direito das monarquias inferiores, “um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente”, e também as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício.²¹

Na medida em que a complexidade da vida social demanda mais decisões políticas por parte dos muitos poderes existentes, implicando, conseqüentemente, o alargamento da função política, torna-se necessário concentrar o poder em um único órgão, a fim de permitir decisões ou interferências mais profundas quando necessárias e evitar, reduzindo o número de comandantes, eventuais conflitos que poderiam surgir entre uns e outros. Eis a figura do rei, surgindo como poder central a partir do século XVI, e formatando, portanto, a moldura do chamado Estado Moderno:

O Estado – entendido, portanto, com uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. Nesta altura, uma série de fatores que vinham amadurecendo ao longo dos últimos

¹⁸ MAQUIAVEL, 1996, p. 130.

¹⁹ DALLARI, 2009, p. 52.

²⁰ DALLARI, 2009, p. 70.

²¹ DALLARI, 2009, p. 70.

séculos do período medieval, torna possível – e mesmo necessária – a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno. O poder torna-se mais abrangente. Atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas na mão do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.²²

São, pois, as deficiências da sociedade política medieval que determinam as características fundamentais do Estado Moderno. É o despertar de uma consciência pela busca da unidade representada num soberano, como poder supremo dentro de um território delimitado,²³ superando os desafios experimentados pela queda do edifício político romano no século IV, início do medievo.²⁴

Em resumo, Tavares aponta que esse resultado decorre de um movimento quádruplo: a centralização e a concentração de poder; a supressão ou redução de entidades/instituições intermediárias de poder que guardavam alguma autonomia; redução da população, nos seus diversos segmentos, a uma massa indistinta, uniforme, de súditos ao rei, ou seja, submetidos, pelo menos abstratamente igual, a um poder direto e imediato; separação do Estado, o Rei, e da sociedade.²⁵

A existência material do Estado, por sua vez, tem como elemento fundamental a organização burocrática, da qual sobressaem outros quatro elementos, a saber, o monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da jurisdição e o exército nacional.²⁶ Tem início, assim, a trajetória da primeira versão do Estado Moderno, a monarquia absolutista, objeto de abordagem do próximo tópico.

2.2 O primeiro modelo de Estado Moderno: Monarquia absolutista

L'État c'est moi – O Estado sou eu. A célebre frase do Rei Luiz XIV define em quatro palavras o primeiro modelo de Estado Moderno: o absolutista. A origem das monarquias absolutistas tem como consequência a apropriação do Estado por parte dos monarcas. A rigor, incorpora a um só tempo as concepções latina e feudal de autoridade. Todo o poder emana do

²² BASTOS, 1988, v.1, p. 112.

²³ DALLARI, 2009, p. 70.

²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2011, p. 34, tradução livre.

²⁵ TAVARES, José Antonio Giusti apud STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

²⁶ TAVARES apud STRECK; MORAIS, 2010, p. 44.

monarca e a base de sustentação desse poder quase ilimitado é a crença de que o poder dos reis tinha origem divina.²⁷

A soberania do monarca, na aurora do Estado Moderno, deve-se, sobretudo, à difusão de doutrinas teocráticas que se desdobraram em pelo menos três vertentes, a saber, a doutrina da natureza divina dos governantes, a da investidura divina e a da investidura providencial.²⁸

Pela primeira vertente, a mais radical, entende-se o governante como um deus vivo, uma divindade, objeto de culto e veneração. Pela segunda, o governante deixa de pertencer à divindade. Ele está entre os homens, mas autorizado pela vontade de Deus a exercer um poder divino, digno de obediência cega pelos súditos. “Os monarcas são responsáveis unicamente perante Deus, jamais perante os homens”.²⁹ A doutrina da investidura divina foi muito forte e propagada no século XVII, de Luiz XIV. Pela doutrina da investidura providencial, abrandase a intervenção divina em matéria política, passando a se compreender como divina tão só a origem do poder e tomando como fator de legitimidade de governo o bem comum.³⁰

Nas monarquias absolutistas, embora presente uma concepção de que nenhum poder terreno pudesse se opor ao monarca e que não haveria qualquer limite externo à monarquia, a própria conexão entre o Rei e a divindade estabelece limites internos traçados pelas crenças e valores da época.³¹

Com efeito, a expressão poder absoluto não designava um poder tirânico, despótico. Os monarcas encontravam limites a seu poder nas leis divinas, nas leis naturais, nas leis do próprio reino, nos costumes da época, configurando, de certa forma, uma herança feudal.³²

Ou seja, os monarcas também não tinham poder para alterar as leis do trono e de alienar bens que integravam a fazenda pública. E mais do que isso, não podiam dispor sobre

²⁷ STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

²⁸ BONAVIDES, 2010, p. 138.

²⁹ BONAVIDES, 2010, p. 139.

³⁰ BONAVIDES, 2010, p. 139.

³¹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 45.

³² CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. El estado constitucional, el sistema de fuentes e los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, v. 3, p. 28-29.

os bens e as coisas dos súditos.³³ A violação dessas leis tornava o monarca um tirano ou um déspota, pelo que poderia ser sacado do poder.³⁴

Portanto, poder absoluto não significava ausência de limites. Mas, a rigor, a ausência de outros poderes que controlassem o monarca:

En otras palabras, el absolutismo del poder soberano coincide con su indivisibilidad. El poder soberano no es por ello ilimitado. Es más bien un poder que por su naturaleza escapa de la dimensión constitucional del control y del contrapeso por parte de otros poderes.³⁵

Em relação a mudanças significativas, pode-se dizer que a transição do estado feudal para o Estado Moderno absolutista conduz a pelo menos duas modificações importantes e fundamentais para o próprio conceito de Estado. A primeira, a unidade territorial; a segunda, a soberania territorial, calcada na existência de um exército nacional voltado à defesa de um determinado espaço e naturalmente de quem se encontre nele. Aqui se constata um avanço nas relações sociais de então: o homem do medievo passa de servo da gleba a súdito do Rei.³⁶

O fim das monarquias absolutas coincide com o início do Estado Liberal. Este sucede àquele, como se demonstrará a seguir.

2.3 O segundo modelo de Estado Moderno: O Estado Liberal

O segundo modelo do Estado Moderno corresponde à ascendência da burguesia ao poder político. Durante o primeiro modelo a burguesia havia conquistado o poder econômico com a empresa capitalista bem sucedida, mas deixado de lado o aspecto político³⁷ – a bem da verdade, segundo Leal, nos séculos XI e XII “ a Europa feudal entra na fase decisiva de seu desenvolvimento”. Com o aumento da produção econômica dos feudos e a expansão das vilas, das cidades, as relações da vida social tornam-se mais dinâmicas, com o crescimento do comércio e das corporações, dando início a uma nova categoria social, a saber, a burguesia, que se desenvolve a partir das atividades de comércio e circulação de mercadorias.³⁸

O expansionismo mercantil e industrial e a estabilidade econômica injetava ânimo na comunidade burguesa que visava também o controle do poder político, até então privilégio

³³ FIORAVANTI, 2011, p. 74, tradução livre.

³⁴ CONDE, 1999, v. 3, p. 29, tradução livre.

³⁵ FIORAVANTI, 2011, p. 75.

³⁶ STRECK; MORAIS, 2010, p. 46.

³⁷ STRECK; MORAIS, 2010, p. 51.

³⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 45.

aristocrático, pretendendo legitimar-se como poder legal e racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma Constituição como expressão jurídica do acordo político fundante – influência reconhecida da obra de Rousseau.³⁹

O palco dessa guinada que retira do monarca o poder absoluto de que dispunha e eleva a classe burguesa a deter poder político foi a França. O fato histórico em questão foi a Revolução Francesa. A revolução que sacudiu a França e posteriormente boa parte do mundo tinha como um propósito essencial acabar com os privilégios do velho regime monárquico e da aristocracia beneficiada e estabelecer mecanismos que pudessem conter o poder.

A origem da insatisfação do povo com um sistema recheado de privilégios para alguns em detrimento da ampla maioria dos homens, está bem sintetizada num pequeno trecho de “O cego de Paris e as movimentações de rua”:

Há um filme sobre uma peça de teatro que pretende contar a Revolução Francesa. Na primeira cena, o rei e a rainha fogem da França e são recapturados na fronteira. Alguém reclama, dizendo que a revolução deve ser contada de outro modo. Na nova cena, aparece uma bacia com água quente, uma camponesa pronta para dar à luz e a parteira. Na sequência, entra um aristocrata, que voltava da caçada. Vendo aquela água límpida, lava suas botas sujas na bacia destinada ao parto. Desdém, deboche e desprezo. ‘Pronto’, alguém grita da plateia, ‘é assim que se conta a origem da Revolução. Assim se resgata a capacidade de indignação’.⁴⁰

A combinação de demandas das novas forças sociais-populares contrárias à manutenção de privilégios em favor do clero e da nobreza com as exigências da burguesia enriquecida pelas atividades comerciais nas cidades forneceu o combustível para a explosão da Revolução Francesa.⁴¹

Para Hobsbawm as novas forças sabiam bem o que queriam. O fracasso da tentativa de Turgot, primeiro-ministro francês no período de 1774-1776, de implantar um programa de exploração eficiente da terra, de um comércio e de empresa livres, de uma administração eficiente e padronizada em todo o território do país, bem como de extinguir as restrições e desigualdades que obstavam o desenvolvimento dos recursos nacionais e de instituir um modelo de administração e taxaço mais racional e menos imparcial, não pôde ser

³⁹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 51.

⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. O cego de Paris e as movimentações de rua. **Conjur**, 2013, texto digital. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/senso-incomum-camponesa-homo-empoderadus-terrae-brasilis>>. Acesso em 11 jul. 2013.

⁴¹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 53.

comemorada pela aristocracia e foi, na verdade, catastrófica para a monarquia.⁴² Mas as forças burguesas eram fortes demais para ficarem inativas.⁴³ “Se todas as situações extremas têm suas inspirações luminosas que ou nos cegam ou nos iluminam”,⁴⁴ o que fizeram os burgueses? Transferiram suas esperanças de uma monarquia esclarecida para o povo.⁴⁵

É nesse contexto que se pode conceber a pretensão burguesa de uma Constituição (com estrutura normativa) – o contrato social – para proteger os cidadãos do ímpeto dos governantes, sobretudo fixando como obstáculo ao poder que estes exerciam direitos naturais de acentuado individualismo,⁴⁶ próprios do liberalismo clássico⁴⁷ de Locke.

Para o filósofo britânico, todos os homens nasciam igualmente livres. O estado de natureza significava que tinham liberdade plena para agir e nenhum homem se sujeitava à vontade ou jurisdição de outro. Portanto, homem não teria qualquer poder sobre homem, salvo nos casos de castigo de um ofensor que tivesse infringido a lei da natureza, a preservação do próprio homem, da vida, e ainda assim limitado à proporcionalidade entre infração e punição.⁴⁸ “A liberdade natural do homem nada mais é que não estar sujeito a qualquer poder terreno”, dizia.⁴⁹

A propriedade, segundo o autor inglês, acabaria por decorrer da própria liberdade e da igualdade de que dispunham os homens. Sustentou que o trabalho era imprescindível para se ter noção do que pertence a cada um. Sendo o trabalho individual, a rigor, e inicialmente, a única coisa que pertence ao homem, e pondo-se o homem a trabalhar com as coisas da terra – que eram comuns a todos - tornava-se natural e justo que aquilo que proveio do trabalho pertencesse a quem trabalhou, desde que as coisas consumidas, trabalhadas, não faltassem aos demais. A união do trabalho (propriedade do homem) com os recursos naturais da terra (pertencente a todos) resultava na propriedade particular em uma claríssima valorização do trabalho – questão bem presente no texto de Locke.⁵⁰

⁴² HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789 - 1848**. Tradução de Maria Tereza Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 101.

⁴³ HOBBSAWM, 2010, p. 102.

⁴⁴ HUGO, Victor. **Os miseráveis**. 4. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2012, p. 648.

⁴⁵ HOBBSAWM, 2010, p. 102.

⁴⁶ STRECK; MORAIS, 2010, p. 51 e 55.

⁴⁷ HOBBSAWM, 2010, p. 106.

⁴⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2002, p. 15-17.

⁴⁹ LOCKE, 2002, p. 27.

⁵⁰ LOCKE, 2002, p. 30 e 39-40.

Mas com a existência da propriedade, também surge a necessidade de preservá-la. E naturalmente para preservá-la também se torna indispensável demarcá-la. Em alguns lugares do mundo “as comunidades humanas fixaram limites aos respectivos territórios e, pelas leis, regulamentaram as propriedades dos indivíduos dentro da sociedade”, ratificando por acerto entre homens o que o trabalho de cada um já vinha definindo.⁵¹

E sob o risco de um inquietante impasse que pudesse prejudicar a convivência pacífica os homens se organizam, por consentimento próprio, em sociedade, sob um governo civil, abdicando de um direito natural de julgar os transgressores e depositando a tarefa de preservação da propriedade na comunidade. As leis, produzidas por um Poder Legislativo devidamente legitimado pelo consentimento da comunidade. Os infratores, julgados por um juiz, um árbitro imparcial no conflito.⁵²

O último ponto, o da imparcialidade do julgador, foi central para a crítica de Locke à monarquia absoluta. Este tipo de governo, segundo o filósofo, não é mais do que um estado de natureza porque, no fim das contas, o soberano não tem a quem recorrer em caso de uma transgressão, característica da sociedade civil, e em relação aos súditos, jamais seria imparcial, na medida em que concentra o poder de julgar e legislar, subtraindo, a monarquia absolutista, o direito dos cidadãos ao recurso para uma instância imparcial quando prejudicados pelo príncipe.⁵³

Assim, os direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à propriedade consistiriam no cerne do estado civil de Locke e comporiam uma visão filosófica que se convencionou chamar de liberalismo individual, de acentuada influência sobre filósofos franceses iluministas e, por meio deles, da Revolução de 1789.⁵⁴

O ideal filosófico burguês seria encartado oficialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, que traria logo em seu primeiro artigo os direitos de liberdade e igualdade,⁵⁵ e acrescentaria, entre outros, o direito à participação política, à propriedade e a necessidade de

⁵¹ LOCKE, 2002, p. 39.

⁵² LOCKE, 2002, p. 61.

⁵³ LOCKE, 2002, p. 63.

⁵⁴ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org). **Os clássicos da política:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O federalista”. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, v. 1, p. 88-89.

⁵⁵ HOBBSAWM, 2010, p. 106.

separação de poderes (arts. 2º, 6º e 16).⁵⁶ Era o início de uma engenharia institucional que sustentaria o moderno Estado de Direito.

A burguesia chegara ao poder após derrubar o modelo monárquico que, paradoxalmente, lhe havia proporcionado o crescimento econômico exponencial, e surgia então uma contradição futura – burguesia-operariado - que sustentaria novos conflitos e mitigaria parte dos privilégios que havia conquistado com a Revolução, servindo de anúncio para as transformações posteriores que levariam ao Estado Social.⁵⁷

É a partir desse segundo modelo de Estado Moderno, o liberal, que se pode investigar com base em fatos/acontecimentos históricos como Estado e Direito mantiveram-se conectados e de que forma transformações sociais e a mudança na forma de percepção dessas relações levaram o Estado Liberal de Direito a perpassar novas fases até chegar ao Estado Constitucional de Direito.

Pois o conceito de Estado de Direito não encerra em si mesmo todo o seu significado, pelo contrário, mantém-se de certa forma como um conceito aberto e maleável em conjunto com concepções de Estado e constituição, sem que, todavia, perca todo seu conteúdo ou se torne uma fórmula vazia. Portanto “*solo el conocimiento de su desarrollo histórico hace posible una comprensión sistemática del concepto*”.⁵⁸

Assim, a partir daqui o objetivo será traçar desde o Estado Liberal de Direito até o Estado Constitucional de Direito os aspectos nucleares que lhes caracteriza(ra)m.

2.4 O Estado de Direito nas suas três variações: Liberal, Social, Democrático

Inicialmente, vale a advertência de que diante das dificuldades de consenso para uma concepção clara e coesa do que seja o neoconstitucionalismo, se é que existiria uma única visão, em razão, aliás, dos diversos autores que se autodenominam neoconstitucionalistas, com posições jusfilosóficas de matizes variados e cujas referências teóricas são bastante

⁵⁶ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, texto digital. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 jul. 2013.

⁵⁷ STRECK; MORAIS, 2010, p. 54.

⁵⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Traducción de Rafael Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000, p. 18.

heterogêneas,⁵⁹ serão usadas no decorrer do trabalho expressões como neoconstitucionalismo, novo constitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou constitucionalismo pós-guerra, indistintamente, sem um rigor de cunho adesivo a qualquer posição teórica específica, querendo apenas referir-se, quando for o caso, ao direito constitucional atual em países como Alemanha, Itália, e posteriormente Espanha, Portugal e finalmente no Brasil pós-88, cujas características mais marcantes serão apresentadas no decorrer do trabalho.

Dito isso é possível avançar. O “Estado submetido ao império do direito veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito.”⁶⁰ Foi o instrumento jurídico a que o liberalismo confiou a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder, disciplinando sua atuação e resguardando sobretudo o direito fundamental do homem, a liberdade.⁶¹

Mas o que é o Estado de Direito? Ao iniciar a resposta a essa pergunta, Coelho relembra uma definição oferecida pelo professor Lyra Filho: “é aquele Estado que tem limites e fundamentos definidos pelo Direito”.⁶² E o próprio Coelho adverte sobre a insuficiência dessa definição que, embora correta, em razão de sua formulação sintética não logra traduzir “toda a complexidade de que se reveste o fenômeno conceituado”,⁶³ para posteriormente recorrer a Diaz e sustentar a necessidade de se entender direito e lei a que se submete o Estado como expressão da vontade geral.⁶⁴

Pois bem. Estado de Direito é uma expressão forjada no espaço linguístico alemão e que não encontra, segundo Böckenförde, um correspondente preciso em outros idiomas. Foi utilizada pela primeira vez em 1813 (Carl Th Welcker), reaparecendo em 1824 (Joh. Cristoph Freiherr Von Arentin) e em 1829 (Robert von Mohl).⁶⁵

Nenhum desses autores usava a expressão para designar uma forma especial de Estado ou de governo, mas sim para uma espécie nova de Estado, Estado da razão (Welcker), do

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, texto digital.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁶¹ FERREIRA FILHO, 2004, p. 3-4.

⁶² COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39-40.

⁶³ COELHO, 2008, p. 39-40.

⁶⁴ COELHO, 2008, p. 43.

⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19, tradução livre.

entendimento (Mohl) e do governo segundo a vontade geral racional e só para buscar o melhor de modo geral (Von Arentin).⁶⁶

Daí o conceito de Böckenförde:

El Estado de Derecho es el estado del derecho racional, esto es, el estado que realiza los principios de la razón en y para la vida em común de los hombres, tal y como estaban formulados em la tradición de la teoría del derecho racional.⁶⁷

Para o autor alemão, a conceituação básica do Estado de Direito passa, necessariamente, por três aspectos fundamentais. Primeiro, o Estado é criação do homem, não divina. Afasta-se qualquer ideia ou objetivo transpessoal. O Estado é uma comunidade a serviço dos interesses comuns de todos os indivíduos.⁶⁸ “As inclinações supra-sensíveis do homem, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito”.⁶⁹

Segundo, a existência do Estado de Direito está voltada a resguardar a liberdade e a segurança das pessoas e garantir a propriedade, a fim de proporcionar o pleno desenvolvimento do indivíduo. Isso não implicaria, entretanto, limitar as funções do Estado à função única de proteção jurídica, mas também de defender os indivíduos de perigos externos, ficando subjacente a essa “*exclusión de impedimentos externos*” uma exigência de bem-estar subsidiária.⁷⁰

Terceiro, a organização do Estado e sua regulamentação orientam-se por princípios racionais, decorrendo daí, em primeiro lugar, direitos básicos de cidadania, assim entendidos, entre outros, a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo (constitucional) responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.⁷¹

E na medida em que o ponto central do Estado de Direito volta-se para a proteção da liberdade e da propriedade individual, procurando garantir a autorrealização pessoal de cada indivíduo e fazendo desse propósito a própria essência da ordem pública estatal, o

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19, tradução livre.

⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19.

⁶⁸ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19, tradução livre.

⁶⁹ COELHO, 2008, p. 42.

⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 20, tradução livre.

⁷¹ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 20, tradução livre.

ordenamento da nova espécie de direito é marcadamente de índole burguesa porque nele preponderam a propriedade e a posse.⁷²

A par dessas premissas se pode conceber um Estado de Direito como um fenómeno, portanto, criado pelo homem. Há de se ponderar, entretanto, que o chamado Estado de Direito não se sustenta, por si só, com a vã crença de que o é porque se submete ao Direito, assim entendida a lei – no aspecto puramente legal.

Houve sim, nos primórdios do Estado de Direito (fim do século XVIII com o início do Estado Liberal), a concepção de que a lei, como expressão máxima da soberania do povo, assume um carácter imperativo que vincula a administração na sua relação com o indivíduo – esse período é marcado por uma concepção de que o Parlamento, instituição que representa o povo tem poderes ilimitados, pois ele é, a rigor, um Poder soberano submetido tão somente a sua autodisciplina.⁷³

A lei é o ponto fundamental do Estado de Direito. O exercício da soberania popular, por meio representativo, garante o princípio da liberdade e da condição de sujeito do cidadão; a generalidade da lei impede a violação da liberdade dos cidadãos além das prescrições legais e gerais impostas legalmente; o procedimento adotado para discussão da lei garante a medida de racionalidade que o conteúdo da lei pode humanamente alcançar.⁷⁴

Ela serve como instrumento de contenção de poder e passa a ser de inestimável valor. Com o deslocamento do homem para o centro da cena política, e a partir da concepção de que ele é anterior ao Estado, segundo Leal “dá-se uma inversão na perspectiva da garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado”, sobrevivendo como fundamentais dois princípios, a saber, o da distribuição e o da organização.⁷⁵

Pelo primeiro, desenvolve-se um sentimento de que a liberdade humana é anterior ao Estado e deve ser, em princípio, ilimitada, só podendo sofrer restrições pontuais e excepcionais de acordo com previsão expressa em lei. A partir daí “o que se tem, pois, em

⁷² BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 22, tradução livre.

⁷³ CARCASSONE, Guy. A Legislação. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. (Coord). **Democracia**. São Paulo: Record, 2011, p. 239.

⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 23, tradução livre.

⁷⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.08.

decorrência, é a liberdade dos cidadãos como regra e a autoridade e intervenção do Estado como exceção”, afirma a autora.⁷⁶

Essa é a origem de uma dicotomia entre esfera pública e privada, independentes uma da outra. Estado e sociedade estão numa relação de antagonismo,⁷⁷ e de certa forma essa distinção entre ambos e a aversão ao Estado e seu governo pode ser resumida na seguinte frase de Paine: “A sociedade em qualquer estado é uma benção, enquanto o governo, mesmo no seu melhor estado, não passa de um mal necessário, sendo, no pior estado, um mal intolerável”.⁷⁸

O segundo princípio apontado por Leal é o da organização, que, a rigor, serve como fundamento do princípio da separação de poderes, fórmula traçada para divisão das funções estatais, de acordo com competências específicas e definidas em lei,⁷⁹ e cuja abordagem será aprofundada oportunamente.

Mas no século XIX, por sua vez, emerge o desenvolvimento de um conceito formal de Estado de Direito⁸⁰ em que ele já não representa mais necessariamente a finalidade e o conteúdo do Estado e sim o modo e a maneira como os propósitos estatais realizam-se.⁸¹

Como resultado, o império da lei permanece vivo no conceito formal de Estado de Direito e se concentra - e se reduz ao mesmo tempo - na legalidade da atuação administrativa, que junto à garantia judicial, converte-se no conteúdo desse novo modelo de Estado.⁸² O princípio da legalidade expressa “a ideia de lei como ato normativo supremo, ao qual não é oponível, em princípio, qualquer direito mais forte, qualquer que seja o seu fundamento”, afirma Leal.⁸³

⁷⁶ LEAL, 2007, p.09.

⁷⁷ LEAL, 2007, p.09.

⁷⁸ PAINE, Thomas apud SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 13.

⁷⁹ LEAL, 2007, p.10.

⁸⁰ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 24, tradução livre.

⁸¹ STAHL, F. J. apud BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 25, tradução livre.

⁸² BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 30, tradução livre.

⁸³ LEAL, 2007, p.12.

O conceito formal de Estado de Direito, portanto, mantém uma visão liberal-burguesa e protege sobremaneira a propriedade individual, impedindo a intervenção estatal com o objetivo de distribuí-la para redução das desigualdades sociais.⁸⁴

Aliás, as funções estatais nesse período, além de serem mínimas, estão adstritas ao que prescreve a lei. Mas a lei, cujo processo de formação assenta-se em pressupostos de liberdade quase ilimitada e igualdade jurídica – ou seja, igualdade na lei – tem como atributos a abstração e a generalidade.⁸⁵

Abstração porque a lei é racional, voluntarista, convencional e passa a definir o que é proibido e o que é permitido. Há um afastamento da preocupação sobre o que é justo e injusto e uma aproximação com critérios como o que é permitido ou o que é proibido. A utilização correta do procedimento prepondera em relação ao fim produzido ou que poderá produzir a lei.⁸⁶

Pela generalização, pode-se dizer que o ideal burguês de igualdade jurídica ganha maior relevo. Se todos são iguais, a lei vale para todos indistintamente. Acaba(ra)m-se os privilégios.⁸⁷

Contudo, se a única coisa permanente neste mundo é mesmo a mudança, como queria Trotsky,⁸⁸ fato é que a revolução francesa, berço do Estado de Direito liberal, levou a sociedade e o Estado por novos caminhos e a novos resultados. Foi um marco em todos os países e projetou-se mundo afora.⁸⁹

Mais de um século depois o cenário principal para a implementação de bases que serviriam a um novo rumo para o Estado é a vizinha germânica. O choque substancial com a realidade na República de Weimar faz eclodir uma miríade de críticas ferrenhas a um sistema jurídico que apenas fortalecia a posição econômica da burguesia.

Na verdade, o Estado de Direito liberal (e a concepção formal principalmente) traz consigo e na ascensão da burguesia um crescimento vertiginoso da desigualdade social que

⁸⁴ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 31, tradução livre.

⁸⁵ LEAL, 2007, p.12.

⁸⁶ LEAL, 2007, p.12-13.

⁸⁷ LEAL, 2007, p.14.

⁸⁸ TROTSKY, Leon. **A revolução traída**. Tradução de M. Carvalho e J. Fernandes. São Paulo: Centauro, 2007, p. 152.

⁸⁹ HOBSBAWM, 2010, p. 99-100.

ele próprio, além de ter fincado as bases que propiciaram/agravaram o desacerto social, não poderia resolver com seus postulados característicos da igualdade jurídica, da liberdade civil (de aquisição) e da garantia de propriedade. A transição da sociedade feudal-estamental para a sociedade burguesa, com acesso livre ao lucro e calcada na desigualdade natural entre os indivíduos só encontraria limites na própria liberdade do outro.⁹⁰

É o início de uma nova falta de liberdade, agora social. O agravamento da desigualdade e de um antagonismo classista, somado ainda ao desenvolvimento industrial que eleva exponencialmente o número de pessoas em condições precárias. São esses dois motivos que exigem uma intervenção estatal na sociedade, um Estado com feições assistenciais e de redistribuição; um Estado que combata efusivamente a desigualdade social para que a igualdade jurídica e a liberdade individual não se tornem apenas prescrições vazias de sentido para um contingente enorme de cidadãos.⁹¹

Nesse cenário, torna-se de todo aproveitável a lição de Streck e Morais quando ensinam que o Estado de Direito bipartido em conceito formal e material é, sobretudo, um estado envolvido por e desenvolvido a partir de conteúdos,⁹² justamente porque as regras jurídicas já não são mais válidas somente por sua origem e forma, senão que também o teor de suas prescrições deve necessariamente respeitar um núcleo de princípios vigentes em determinada comunidade.

No fundo, o que se vai ver com os desdobramentos teóricos do Estado de Direito é que ele assume fundamental importância para o desenvolvimento de modelos de controle de constitucionalidade e, no caso sob exame nesta monografia, vale ressaltar desde já que é possível não só uma análise de forma da licença prévia (inconstitucionalidade formal), mas também do seu conteúdo e do que ela representa (inconstitucionalidade material).

A construção teórica do Estado de Direito remonta à segunda metade do século XIX, na Alemanha – *rechtstaat* -, e posteriormente também é abordada pela doutrina francesa, sendo que em ambas a discussão ater-se-á a uma discussão da hierarquia das regras jurídicas, a fim de estabelecer os limites do Poder do Estado:

⁹⁰ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 34, tradução livre.

⁹¹ BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 34-35, tradução livre.

⁹² STRECK; MORAIS, 2010, p. 91-92.

O devir histórico, entretanto, recupera tal conceito, assumindo o Direito com um ponto de referencia estável e aprofundando o modelo através de seu conteúdo, fazendo suplantar a ideia de Estado de Direito como de uma pura legalidade.

Podem-se, então, apontar três visões próprias a este fenômeno:

A – Visão formal, onde se vincula a ação do Estado de Direito, ou seja, atuação estatal é jurídica, exercitando-se através de regras jurídicas;

B – Visão hierárquica, na qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado sua sujeição ao Direito;

C – Visão material, que implica a imposição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo certa substancialidade como própria, há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste pelo seu conteúdo.

(...)

Contudo, o Estado de Direito diferenciar-se-á tanto do Estado Polícia – no qual o direito é apenas um instrumento sob plena disponibilidade do Estado – quanto do Estado Legal, onde, mesmo sendo a lei limite e condição da atividade administrativa, não há o privilegiamento hierárquico da ordem jurídica, cristalizando-se uma supremacia parlamentar, sequer uma vinculação de conteúdos que lhe são inerentes.⁹³

Ademais, afirmam os autores que o Estado de Direito é mais do que puramente a legalidade estatal, e isso se manifesta em seu conteúdo. Ou seja, “não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas, sobretudo, a ela agregam-se conteúdos”,⁹⁴ como fica claro durante o século XX, em que “a dimensão de conteúdo do Estado de Direito aproxima os modelos alemão e francês de seu vizinho insular, o modelo britânico do *rule of Law*”. Com isso o Estado de Direito já não se revela tão somente com base na hierarquia das leis, uma concepção formal, mas sim como um “conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.⁹⁵

Ou seja, “o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação do poder, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas”, afirmam, mas é também uma nova concepção do Estado que funda liberdades públicas, de democracia, e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.⁹⁶ Ou mais ainda, a partir do Estado Liberal de Direito “*la sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de Derecho*”, segundo Zagrebelsky.⁹⁷

Justamente por isso o Estado de Direito apresentar-se-á ora como liberal, ora como social, ora como democrático, a partir do conteúdo jurídico que os influencia, sem, entretanto,

⁹³ STRECK; MORAIS, 2010, p. 91-92. (grifo nosso)

⁹⁴ STRECK; MORAIS, 2010, p. 92.

⁹⁵ STRECK; MORAIS, 2010, p. 93.

⁹⁶ STRECK; MORAIS, 2010, p. 93.

⁹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derecho, Justicia. Madri: Trotta, 2011, p. 09.

implicar uma ruptura radical nestas transformações.⁹⁸ Mas só se conceberá como Estado de Direito, na sua acepção material, ou no sentido *forte* ou *substancial*, designativos usados por Feldens, aqueles “ordenamentos em que os poderes públicos estão verdadeiramente *sujeitos* à lei, não apenas no que respeita às formas e procedimentos”, mas também quanto aos seus conteúdos.⁹⁹

O Estado Liberal, nesse passo, coincidindo com o próprio nascedouro do Estado de Direito, está ligado umbilicalmente ao ideário de liberdade, impondo, sobretudo, o princípio da legalidade, da divisão de poderes e a nota central, a garantia dos direitos individuais. Apresenta-se como uma limitação negativa aos poderes do Estado e tem como característica central a coerção das atitudes e como mecanismo fundamental a sanção.¹⁰⁰

No Brasil, a Carta Política Imperial de 1824, como primeira Constituição efetivamente Brasileira, embora carente de inspirações genuinamente nacionais, incorpora o ideário liberal. O governo monárquico, representativo e constitucional comprometia-se com o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, na linha das constituições da época. O texto constitucional torna-se marcante por permitir superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, sobretudo culminando no nascimento da nacionalidade brasileira e na maioria constitucional do país.¹⁰¹

A primeira República, ou República Velha como também é conhecida, instaurada provisoriamente pelo Decreto n.º 1 de 15 de novembro de 1889 e posteriormente fixada como forma de governo na CF/1891, da mesma forma, mantém-se intimamente conectada e influenciada pelo liberalismo. Caracterizou-se, sobretudo, pela distribuição de competências com o objetivo de neutralizar o poder pessoal dos governantes, embora frustrada neste ponto ante a concentração de poder no Presidente, e pelo distanciamento do Estado e da sociedade.¹⁰² A versão liberal clássica de Estado no Brasil encontra seu fim na Revolução de

⁹⁸ STRECK; MORAIS, 2010, p. 94.

⁹⁹ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

¹⁰⁰ STRECK; MORAIS, 2010, p. 96.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 161-163.

¹⁰² MENDES, 2008, p. 165.

1930, marco histórico de ruptura com o liberalismo determinante de um Império e de uma República.¹⁰³

O Estado Social de Direito, pelo contrário, não se caracteriza pelo só fato de impedir o abuso de poder do Estado. Não é simplesmente a consagração dos direitos de liberdade, como expressão da limitação negativa. Não. Ele é a própria determinação de atuação do Estado, de modo a reduzir ou extirpar as desigualdades constatadas no modelo liberal pós-revolução francesa, vindo a acenar com o “propósito de corrigir/superar o individualismo clássico de caráter liberal pela afirmação dos direitos sociais, com a consequente realização da justiça social”.¹⁰⁴

A CF/1891, forjada a partir de um transplante do modelo constitucional americano para o Brasil, capitaneado por Rui Barbosa, vigorou até 1930 sob duras críticas por representar um distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social brasileira,¹⁰⁵ o que somado a outros fatores como um sistema eleitoral deficiente e a crise econômica de 1929, que significou um forte abalo sobre a democracia liberal e o liberalismo econômico,¹⁰⁶ serviu de estopim para os movimentos revolucionários de visão mais social no país.¹⁰⁷

Como comentam Bonavides e Andrade, a Revolução de 1930 põe fim à versão clássica do Estado Liberal e o país acorda para as mudanças do século. “Era a aurora do Estado Social”, completam.

As constituições brasileiras, a partir daí, com exceção da de 1937, incorporariam tendências de Constituições Sociais.¹⁰⁸ A CF/1934 impõe significativas novidades, “influenciada pela Constituição de Weimar”,¹⁰⁹ entre as quais, a constitucionalização dos

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.166-167.

¹⁰⁴ COELHO, Inocêncio Martires. **O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito**, texto digital. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176121/000476716.pdf?sequence=3>>. Acesso em 30 set. 2013.

¹⁰⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 164.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

¹⁰⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 166.

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

¹⁰⁹ PIOVESAN, 2003, p. 44.

direitos sociais, que a partir de então, ingressaria de forma permanente na experiência constitucional brasileira.¹¹⁰

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, em essência, revela-se como a terceira fase desse processo de (re)modelação do Estado de acordo com o ideário que influencia a sociedade em determinado momento. Superado o Estado Liberal e o Social de Direito, que não lograram a seu modo, resolver o problema da igualdade de forma concreta, apresenta-se então, o modelo democrático – segundo Dallari a ideia moderna de Estado Democrático tem raízes no século XVIII e foi influenciada por pelo menos três movimentos político-sociais contra o absolutismo monárquico, a saber, a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, sendo que os sistemas políticos tanto do século XIX quanto da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII.¹¹¹

Mais especificamente em relação ao Estado Social de Direito, caracterizado por realizar profundas mudanças no Estado de Direito liberal-burguês,¹¹² nem por isso escapou às críticas por “não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social, a economia do gênero humano* proclamada pelos entusiastas do neocapitalismo”,¹¹³ afirma Coelho. E complementa:

Por isso, ao ver crítico de Elíaz Díaz, urge superar esse modelo, rumo ao chamado Estado Democrático de Direito, em cujo seio se realizará a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo.¹¹⁴

O Estado Democrático de Direito, assim:

Tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.¹¹⁵

Portanto, vai, para além de incorporar regras básicas dos modelos anteriores, modificar-se na estrutura e no modo de atuação, passando a desenvolver políticas públicas, sobretudo, calcado ainda no princípio da legalidade, mas, ao contrário do sistema liberal (em

¹¹⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 167.

¹¹¹ DALLARI, 2009, p. 145 e 147.

¹¹² COELHO, 2008, p. 46.

¹¹³ COELHO, 2008, p. 47.

¹¹⁴ COELHO, 2008, p. 47.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120.

que a legalidade tornava-se para o Estado pressuposto de atuação, como proteção do indivíduo contra o abuso de poder), agora a atuação do Poder Público deve, não só evitar o abuso, mas promover o bem-estar social, a alteração concreta na vida da comunidade, ou seja, promover “intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade”.¹¹⁶

A lei, assim, encontrará, irremediavelmente, o respaldo democrático e constitucional que lhe empresta a Constituição:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalva a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito Clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas...¹¹⁷

Esse novo perfil de Estado assenta-se, em especial, sobre alguns pilares que o pressupõem, quais sejam: a constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos e garantias individuais e coletivos, justiça social, igualdade material, divisão de poderes, legalidade – como expressão do repúdio ao arbítrio e à prepotência, segurança e certeza jurídicas,¹¹⁸ pressupostos que também estão presentes na Constituição brasileira de 1988.

Portanto, numa conjuntura atual, em termos de concepção de Estado, está superada a perspectiva liberal-burguesa. A ideia de um Estado Social traz em si uma visão diversa da função do Estado, voltado agora para novas finalidades, sobretudo para o grande desafio da promoção de justiça social. Ou seja, o Estado assume outras funções, não só ligadas à proteção de interesses meramente individuais (liberdade, igualdade jurídica e propriedade).

A transposição de uma concepção em que o Estado (liberal) de Direito é excessivamente Legislativo, legitimado pelo positivismo jurídico que deposita na lei toda a garantia de unidade e estabilidade jurídica do Direito – apartando-se de outras ciências e

¹¹⁶ STRECK; MORAIS, 2010, p. 97.

¹¹⁷ SILVA, 2005, p. 121.

¹¹⁸ STRECK; MORAIS, 2010, p. 99.

acreditando sinceramente na suficiência do próprio Direito para dar todas as respostas -, encontra sua sepultura nos fatídicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial.¹¹⁹

Do prisma jurídico-formal, muitas das atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial eram legais – “os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”.¹²⁰

Exatamente daí surgem críticas ao sistema jurídico como tal, e inicia-se uma nova fase no Direito europeu, em especial, na Alemanha e na Itália, onde o direito constitucional, as constituições, passam a ocupar um lugar de destaque no sistema jurídico:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*.¹²¹

Os postulados constitucionais deixam de ter um caráter político-sugestivo para posicionar-se de forma imperativa e hierarquicamente superior a qualquer outra norma jurídica. A primazia da Constituição é “pressuposto da função constitucional como ordem jurídica fundamental da comunidade”.¹²² Por isso o Direito Constitucional não pode ser derogado por leis e atos infraconstitucionais, tampouco pode ser contradito por quaisquer atos estatais. Todos os Poderes estão vinculados à Constituição.¹²³

A reconstitucionalização da Europa logo após o segundo pós-guerra “redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”. No Brasil, o novo direito constitucional ganha destaque com a redemocratização protagonizada pela CF/88.¹²⁴

Como marco filosófico, o chamado pós-positivismo que tem acompanhado o novo direito constitucional ou (neo)constitucionalismo(s), procura, se não superar totalmente, pelo

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264.

¹²⁰ BARROSO, 2013, p. 264.

¹²¹ BARROSO, 2013, p. 264.

¹²² HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. (Org). **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Textos traduzidos e selecionados. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08-09.

¹²³ HESSE, 2009, p. 08-09.

¹²⁴ BARROSO, 2013, p. 267.

menos ser uma terceira via entre as correntes positivista e jusnaturalista, “inspirando-se na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”.¹²⁵

Assim, o novo direito constitucional ou (neo)constitucionalismo(s) significa a reaproximação da ciência jurídica e da filosofia do direito. Para tanto, questões de ordem moral caras à determinada comunidade passam a ter valor jurídico quando incorporadas a textos constitucionais na forma de princípios, explícitos ou implícitos.¹²⁶

A Constituição é o elemento fundante do ordenamento jurídico e este não é um fim em si mesmo. Pelo contrário, “o importante é o conteúdo dessa ordenação: deve ser o *moralmente reto* e, portanto, o legítimo”.¹²⁷ Ou seja, não será possível investigar o que é o moralmente reto a partir de uma dedução de um direito natural à margem do pensamento humano e da ação humana, tampouco pelo uso acrítico de um positivismo cético incapaz de examinar o conteúdo do Direito, atendo-se a conceber como Direito tão só aquilo que provém de uma autoridade competente.¹²⁸

A experiência histórica determinará vetores que possam conformar o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição. E o texto constitucional “positiva princípios e critérios para estabelecer e aplicar as normas do ordenamento”.¹²⁹

Conforme ensina Barroso, alguns desses princípios já vinham de longa data nas constituições, como foi o caso dos princípios da liberdade e da igualdade. Outros, conquanto clássicos, mereceram releituras, como o princípio republicano, da separação de poderes, o princípio democrático e, em casos mais recentes, alguns princípios desenvolveram-se consideravelmente como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.

Somou-se a esses fatores apontados a produção de pelo menos três mudanças paradigmáticas de notável importância: a força normativa da Constituição, desenvolvida pioneiramente na Alemanha, com mais retardo na Itália, e já no último quarto do século XX em Portugal e na Espanha; a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.¹³⁰

¹²⁵ BARROSO, 2013, p. 271.

¹²⁶ BARROSO, 2013, p. 272.

¹²⁷ HESSE, 2009, p. 06.

¹²⁸ HESSE, 2009, p. 06.

¹²⁹ HESSE, 2009, p. 07-08

¹³⁰ BARROSO, 2013, p. 284.

A partir de agora, portanto, resgatados alguns conceitos julgados imprescindíveis, e, sobretudo, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, é possível delimitar a abordagem do tema da licença prévia aqui tratada, a partir da CF/88, sopesados os fundamentos que animam o Texto Constitucional brasileiro e a principiologia nele estabelecida, reservando o aprofundamento das reflexões sobre determinados princípios para o segundo e o terceiro capítulo e de acordo com o tema a que cada um corresponde.

2.5 O perfil do Estado Democrático de Direito brasileiro pós-CF/88

É chegado o momento de demonstrar como a CF/88 assume uma configuração extremamente social, geradora, por si só, de uma infinidade de expectativas por parte da sociedade, naquilo que Streck chama de promessas incumpridas da modernidade,¹³¹ e de como o Poder Executivo assumiu, pela natureza de suas funções e pela conexão delas com o programa constitucional, uma importância praticamente incalculável. Tudo resultado da grande influência exercida pelo desenvolvimento na Europa de novos conceitos de Estado, de Constituição e do próprio direito constitucional.

É num ambiente e com as premissas conceituais demonstradas no tópico anterior que a Assembleia Nacional Constituinte promulga em 05 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil e faz do Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), propondo um novo paradigma de transformação social.¹³²

A proposta é recomeçar. A CF/88 é um marco zero que tem a perspectiva de permitir uma nova história para o Brasil,¹³³ definitivamente divorciada da tradição até então preponderante:

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente de poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.

¹³¹ STRECK, Lênio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; _____. (Org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 179; STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 7 e 15;

¹³² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, capítulo II.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, Tomo III, p. 05.

A *ilegitimidade* ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com *déficit* de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidade de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.¹³⁴

Trata-se de uma Constituição necessariamente alinhavada a uma perspectiva de índole social, como se percebe da leitura de seu preâmbulo e principalmente dos arts. 1º, II, III, e 3º, onde estão demarcados princípios fundamentais e objetivos da República:¹³⁵

É a primeira vez, na história constitucional brasileira, que uma Carta Constitucional, num reconhecimento implícito dos sérios problemas que afligem a sociedade brasileira – pobreza, marginalização, desigualdades sociais e regionais, discriminação...-, traça metas a serem perseguidas, objetivos fundamentais a serem alcançados.¹³⁶

É inquestionável supor “quão acentuada é a preocupação da Constituição de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social”.¹³⁷ Por óbvio, o Estado Social leva inevitavelmente à ampliação do espaço de atuação do Poder Público, sendo inimaginável o retorno a um Estado absentéista.¹³⁸

Agora, afirma Barroso, “sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar”, acompanhados de perto por uma forte carga de esperança e de “legitimidade sem precedentes” e o ingresso, mesmo que tardio, do povo na trajetória política do país, ao lado da aristocracia e da burguesia, o curso da história prosseguirá,¹³⁹ mas possivelmente por caminhos até então inexplorados.

Em razão da ampliação das funções estatais na sociedade, aqui tão significativa se faz, dentro da temática proposta nesta monografia, a advertência de Bastos:

O problema todo cifra-se a compaginar um Estado que, embora necessário em dimensões mais amplas que as a ele conferidas pelo liberalismo clássico, nem por isso chega ao ponto de asfixiar a iniciativa e a criatividade da empresa privada. A esse modelo se dá o nome de Estado Social, com isso significando a convivência de um Estado provedor em muitos aspectos, mas ainda assim não castrador do dinamismo da sociedade. A partir dele sabe-se que o desenvolvimento social não se pode dar com as costas voltadas para o Estado nem se estabelecer a pureza da

¹³⁴ BARROSO, 2005, p. 04. (grifo do autor)

¹³⁵ PIOVESAN, 2003, p. 41.

¹³⁶ PIOVESAN, 2003, p. 41.

¹³⁷ PIOVESAN, 2003, p. 41.

¹³⁸ PIOVESAN, 2003, p. 47.

¹³⁹ BARROSO, 2005, p. 05.

sociedade. A organização desta passa necessariamente pelo Estado. O problema é como controlá-lo de molde a impedir que enverede pelo corporativismo.¹⁴⁰

Em síntese, o sistema constitucional de 1988 delinea um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social.¹⁴¹ O texto constitucional de 1988, portanto, é revestido de um caráter prescritivo-normativo, consubstanciando-se em uma Constituição Constitutiva Dirigente, na linha das reflexões sobre a Constituição Normativa de Hesse.¹⁴²

Naturalmente, os novos compromissos assumidos pelo Estado geram a necessidade de ação multifacetária. Uma primeira observação, portanto, é a de que suas funções executivas começam a se sobressair ante as demais, notadamente às que se restringem à atividade legislativa, até porque a complexidade das relações no corpo social contemporâneo, em que o Estado também está inserido, quase que inviabilizam o protagonismo das funções legislativas. Muitas respostas precisam ser rápidas e jamais resistiriam à necessidade de um processo Legislativo – considere-se, exemplificativamente, a hiporregulação e a executivização da lei como fatores externos de crise da lei apontados por Möller.¹⁴³

Ao contrário do Estado sob a influência do liberalismo clássico, cuja atividade precípua estava circunscrita à manifestação legislativa, fonte primeira de reconhecimento dos direitos individuais como obstáculo intransponível ao Poder do Estado - o mito da lei como fonte hegemônica do Direito -,¹⁴⁴ o Estado Social, para além ainda de uma necessária intervenção legislativa, exige atualmente muito mais do Poder Executivo.

Aliás, vale destacar no ponto a observação de que o Estado Social é “ um Estado de serviços. Por este motivo, dos três poderes, o Executivo é aquele que tem ampliada sua atuação”,¹⁴⁵ e que, independentemente do regime de governo adotado, parlamentarismo ou presidencialismo, “ cabe ao Executivo desempenhar certa liderança política. Daí o seu relativo predomínio”.¹⁴⁶

Ressalte-se, entretanto, que o moderno Poder Executivo concentra não só as funções executivas, como também as legislativas, a saber, no âmbito federal a edição de medidas

¹⁴⁰ BASTOS, Celso apud PIOVESAN, 2003, p. 47. (grifo nosso)

¹⁴¹ PIOVESAN, 2003, p. 47.

¹⁴² PIOVESAN, 2003, p. 49.

¹⁴³ MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo: Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 173-176.

¹⁴⁴ MÖLLER, 2011, p. 164.

¹⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-42.

¹⁴⁶ CLÈVE, 2011, p. 41-42.

provisórias, o poder de veto, ampla margem de temas para propostas de lei, a prerrogativa do pedido de urgência na apreciação de projetos de lei de sua iniciativa, além da possibilidade de lei delegada, - arts. 62, 64, 68 e 84, da CF/88, por exemplo - todas essas questões potencialmente transferíveis para o cenário estadual, a depender das Constituições de cada estado-membro.

Mas aqui cabe um esclarecimento: é verdade que em tempos mais atuais muito se sugere, por exemplo, que a força normativa da Constituição foi responsável por um deslocamento do polo de tensão das demandas sociais para o Poder Judiciário, fazendo deste, na verdade, o Poder que saiu engrandecido no constitucionalismo contemporâneo, assumindo hoje o Estado-juiz como em outras épocas fizeram Legislativo e Executivo uma “centralidade até há pouco não percebida”,¹⁴⁷ embora não necessariamente com contornos totalmente inéditos. A rigor, esse espaço destacado do Judiciário seria resultado de um desencontro entre o projeto constitucional idealizado e aquele efetivamente (não)concretizado.¹⁴⁸

Ao que parece, uma e outra afirmativa estão corretas. O Executivo assumiu novas tarefas variadas e bastante numerosas como já se mencionou; o Judiciário também recebeu uma posição de destaque nessa estrutura constitucional e se projetou consideravelmente sobre as relações sociais por conta da força normativa da Constituição, muito em razão de uma prévia responsabilidade tanto do Executivo quanto do Legislativo. Em resumo, o Judiciário é convocado “para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes” dar concretude ao texto constitucional, principalmente no que respeita aos direitos fundamentais sociais.¹⁴⁹

É nessa perspectiva que se desenvolve a afirmação de que o Executivo é relativamente predominante. Pois ele estende seu braço sobre um campo de atuação de proporções gigantescas e ainda assim, por vezes, não alcança a todos, ou alcança de forma deficiente ou então de modo excessivo. Mas tanto pelo excesso quanto pela falta pode ser acionado no Judiciário. O predomínio do Executivo, portanto, está antes nas ações políticas, claro. O do Judiciário, na relação com o Executivo, é quase sempre num momento posterior.

¹⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; _____; STRECK, Lênio Luiz. (Org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 160.

¹⁴⁸ MORAIS, 2007, p. 160.

¹⁴⁹ STRECK, 2006, p. 15.

Contudo, paradoxalmente, por exemplo, quando o chefe do Executivo de um Estado-membro viola um compromisso constitucional, cuja transgressão assume uma repercussão penal, é exatamente aí, nesse campo, que a licença prévia a ser analisada oferece os maiores obstáculos à repressão judicial do desvio de conduta perpetrado. E veja-se que num caso desses, não ocorre que o entrave jurídico seja posto pela assembleia legislativa, mas pode, em regra, ser mantido por ela.

Feito o esclarecimento, saliente-se ainda que o objetivo inicial do presente capítulo foi estabelecer as bases que proporcionarão o desenvolvimento crítico no decorrer do trabalho, tratando sobre a concepção de Estado dentro de uma progressão conceitual histórica até os dias atuais e o papel por ele desempenhado atualmente. A Constituição que o reveste e o legitima juridicamente, além de estabelecer o desenho institucional da estrutura pública a partir de princípios como o republicano, o federativo, o da separação de poderes, e limitar o poder por meio de outros princípios necessariamente importantes como o da proporcionalidade/razoabilidade e da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, onde particularmente a jurisdição constitucional assume um papel fundamental.

A problemática das novas funções do Estado apresentará especial relevância na abordagem de uma necessária releitura do princípio da separação de poderes desde sua inauguração sob os influxos do liberalismo clássico e o protagonismo do Poder Executivo como promotor de medidas/políticas públicas atualmente.

Ainda como ponto central no trabalho, será possível a partir de uma análise do ambiente político brasileiro, do ponto de vista institucional, aferir em que circunstâncias ocorre a relação Legislativo-Executivo no cenário estadual, sempre atento ao fato de que também nos Estados está presente a figura emblemática e peculiar do chamado presidencialismo de coalizão, e em que proporção isso pode obstar o processo penal contra um governador.

Assim, no próximo capítulo, será reservado um espaço especial para o Poder Executivo, inclusive na relação Executivo-Legislativo e para o princípio da separação de poderes.

3 O PODER EXECUTIVO BRASILEIRO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL PÓS-CF/88

Este capítulo inicia com uma exposição das regras constitucionais acerca do Poder Executivo, seja no que tange às funções, seja no que se refere às responsabilidades, aqui, com ênfase para a responsabilidade penal, e tomando-se como parâmetro o modelo da Presidência da República, cujas balizas estão na CF/88.

Posteriormente, há uma análise do princípio da separação de poderes desde seus primórdios até sua presença no moderno Estado Democrático de Direito e na sequência algumas considerações sobre a adoção da licença prévia nos Estados para demonstrar a forma com que a disposição constitucional do art. 51, I, da CF/88 foi – e se foi – transportada para as Constituições estaduais e para quais. Por fim, algumas observações pertinentes em relação ao presidencialismo de coalizão brasileiro, com reflexos no âmbito estadual e a exposição sucinta dos argumentos utilizados pela PGR e pela OAB para questionar a constitucionalidade da licença.

3.1 Funções e responsabilidades do Presidente da República e os reflexos nos Poderes Executivos estaduais

A CF/88 traça regras muito claras quanto ao Presidente da República, cabendo, a partir daí, buscar-se compreender a exata projeção dos preceptivos constitucionais quanto aos Governadores. É que a rigor o texto constitucional de 88 foi relativamente tímido para com os chefes do Executivo estadual, limitando-se a lhes dar atenção no art. 28.

De modo geral, os Estados-membros são dotados de autonomia legislativa, administrativa e de governo, ou seja, de auto-organização exercida pelo Poder Constituinte decorrente, dentro do espaço delimitado pela própria CF/88,¹⁵⁰ regra inserida no constitucionalismo brasileiro pela CF/1891 e constante em todas as demais desde então,¹⁵¹ tendo cabido a cada um desses entes federados, agora sob a CF/88, a elaboração da respectiva Constituição estadual, respeitados os princípios constitucionais vigentes¹⁵² (art. 25, CF/88 e 11 do ADCT).

Questão de relevo é saber, à luz do sistema federativo brasileiro, em que se assemelham e em que se distinguem os poderes Executivos mencionados e quais os efeitos para a problemática tratada.

O Presidente da República, no sistema presidencialista brasileiro é tanto o chefe de governo federal quanto o chefe de Estado, no caso a República Federativa do Brasil, dupla competência herdada das funções do Imperador, no período colonial, como titular dos poderes Moderador (Chefe Supremo da Nação) e Executivo (chefe do respectivo poder exercitado pelos seus Ministros de Estado).¹⁵³

Concentra numerosas atribuições previstas no art. 84, da CF/88, para as quais conta com o auxílio dos Ministros de Estado, nomeados *ad nutum* por ele próprio (art. 87, CF/88).¹⁵⁴ O estandarte presidencial na CF/88 conforma também, naquilo que for compatível, o Poder Executivo no âmbito dos demais entes federados.¹⁵⁵ Contudo, segundo Slaibi Filho, no âmbito dos Estados-membros, do DF e dos Municípios “não há plena simetria com a estrutura federal, em face do caráter nacional desta” a despeito do que prescrevem os artigos 25, 29 e 32 da CF/88.¹⁵⁶

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

¹⁵¹ TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito constitucional estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 70.

¹⁵² MERCIER, Antonio Sérgio Pacheco. Dos Estados Federados. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010, p. 215.

¹⁵³ BRITO, Edvaldo. Poder Executivo. In: Martins, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do. (Org). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 915.

¹⁵⁴ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1209 e 1241.

¹⁵⁵ BRITO, 2010, p. 917-918.

¹⁵⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 520.

Como ressalta Brito, governadores e prefeitos não praticam atos de governo porque estes são próprios do Chefe Supremo da Nação, o presidente, como órgão representativo da soberania do Estado potestade. Em suas palavras:

As atribuições do Presidente da República podem ser classificadas em duas categorias: as *administrativas* e as de *governo*. Os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais não desempenham funções de governo. As *Administrativas* correspondem à aptidão que a Constituição assina ao titular do cargo para praticar atos administrativos, propriamente ditos, isto é, atos jurídicos de gestão dos chamados *serviços públicos* destinados à satisfação das necessidades coletivas de natureza pública reservada a cada ente federado, tomada a expressão *serviços públicos* nos seus sentidos *subjeto* e *objetivo* empregados no texto constitucional, por exemplo, no art. 145, II, ou no 175. (...)

As *de governo*, porque são da competência exclusiva do Presidente da República, incorporam as atribuições do *Chefe da Nação*, quais sejam, as de superintendente da Federação, o que o identifica como órgão representativo da *soberania* expressa na atividade de *Estado Potestade*.¹⁵⁷

Daí porque, acrescenta o autor, o Presidente da República pratica atos não só de natureza administrativa, mas também de cunho político *stricto sensu*, inseridos no âmbito das suas funções de governo, sob vigilância prévia ou posterior do Congresso Nacional.¹⁵⁸

Esse o motivo pelo qual, explica Brito, “as atribuições que caracterizam *funções administrativas*”, pelo “*standard* federativo, são inerentes, no que couber, não só ao Presidente da República, mas, também, aos governadores de Estado e aos prefeitos Municipais”, ao contrário das funções políticas (ou de governo).¹⁵⁹

A representação de Estado é, sem dúvida, a distinção mais notável entre o Presidente da República e os demais chefes de poderes Executivos. De resto, pode-se mencionar ainda a idade de 35 anos para acesso ao cargo de Presidente, enquanto para governador é preciso idade mínima de 30 anos (Art. 14, § 3º, VI, a, b, c, da CF/88.).

O Presidente da República deve ser brasileiro nato (Art. 12, § 3º, I, da CF/88.). É o chefe supremo das Forças Armadas. Mantém relações internacionais com Estados estrangeiros e firma compromissos internacionais (Art. 84, VII, VIII, XIII, da CF/88.).

¹⁵⁷ BRITO, 2010, p. 917-918. (grifo do autor)

¹⁵⁸ BRITO, 2010, p. 918.

¹⁵⁹ BRITO, 2010, p. 919.

Só pode ser preso após sentença condenatória. Tem imunidade material relativa aos atos ilícitos estranhos ao exercício de suas funções, enquanto durar seu mandato (Art 86, §§ 3º e 4º, da CF/88), imunidade não extensível aos governadores.¹⁶⁰

No que toca à responsabilidade do chefe do Executivo, vale ressaltar a sempre necessária análise da CF/88 em relação ao Presidente da República e a correspondência dos dispositivos constitucionais com os Governadores.

A CF/88 é peremptória ao contemplar o postulado da responsabilidade do agente público, seja ele político, administrativo, ou de que ordem for. Já no Parágrafo Único do art. 1º estabelece que o Poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos da própria Constituição, fixando, já nesse momento, a responsabilidade política, a se revelar, no mais das vezes, no sufrágio.

No ponto, anota Ferraz Filho:

Trata-se do reconhecimento de que na ordem política brasileira, o povo é o titular do poder. A pergunta que pode ser feita é: quem é o povo?
A literatura política contemporânea diverge muito nesse ponto. No Brasil, sob a égide da Carta, povo é o conjunto de cidadãos que participa direta ou indiretamente do processo político, seja por meio de eleições livres, seja pelo uso dos mecanismos diretos de exercício do Poder, expostos no art. 14 (plebiscito, referendo e iniciativa popular). Assim, ao povo devem ser dadas satisfações por seus mandatários, que necessariamente deverão exercer o mandato em nome e para o bem dele, como um todo e não apenas à parcela que os elegeu.¹⁶¹

E não para aí. A CF/88 novamente trata da questão em outros pontos como no art. 22, I, ao estatuir como competência privativa da União legislar sobre direito penal, gênero do qual os crimes de responsabilidade são espécie; ao prever no art. 37, *caput*, como princípio norteador, entre outros, da Administração Pública, a moralidade, cuja violação está sujeita ao rigor da Lei de Improbidade Administrativa, com respaldo constitucional nos §§ 4º e 5º desse mesmo artigo e no art. 85, V;¹⁶² o princípio da prestação de contas estampado no art. 70, § único, mas também previsto no art. 34, VII, “d” e 35, II,¹⁶³ erigido à condição de princípio sensível, de observância obrigatória por todo agente público.

¹⁶⁰ SLAIBI FILHO, 2009, p. 524.

¹⁶¹ FERRAZ FILHO, José Francisco. Princípios Fundamentais. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010, p. 7.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120.

¹⁶³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159.

É de se dizer, portanto, que a CF/88 abrange a todo e qualquer agente público, submetendo-o ao controle externo de seus atos. Mas para afastar qualquer dúvida o Texto Constitucional estatui no art. 85, de forma clara, a subordinação do Presidente da República à Constituição, aos princípios nela estatuídos, ou seja, a prestar satisfação de seus atos.

Este é um aspecto de suma importância: Com efeito, se o detentor do mais alto cargo da República está sujeito à lei (sentido amplo), todos os demais também devem estar. A propósito:

O Constitucionalismo brasileiro, desde a Constituição de 1891, estabeleceu que os crimes do Presidente da República, como dos governadores de Estado e até de prefeitos, são de *responsabilidade* ou *comuns*, à vista de sua natureza e do tribunal competente para seu processo e julgamento. As Constituições subsequentes mantiveram os princípios contidos na Constituição de 1891 (arts. 33, 53 e 54) sobre a matéria. Na Constituição vigente, os ditos crimes de responsabilidade estão indicados no art. 85 e tipificados na Lei 1.079/50, e os crimes comuns são os definidos na legislação penal geral ou especial.¹⁶⁴

No histórico das constituições brasileiras, portanto, somente a imperial foi omissa no que tange aos crimes de responsabilidade praticados pelo chefe do Executivo (art. 99). Nas demais sempre constaram regras específicas: CF/1891, artigos 53 e 54; CF/1934, artigos 57 e 58; CF/1937, artigos, 85 e 86; CF/1946, artigos 88 e 89; CF/1967, artigos 84 e 85; EMC 1/69, artigos 82 e 83.¹⁶⁵

O Presidente da República, sob a vigência de todas essas constituições, podia ser responsabilizado por cometer crimes comuns e de responsabilidade.¹⁶⁶ Ou seja, há uma distinção clássica entre ambos os tipos de crimes, mas não quanto ao âmbito e intensidade de abrangência.

O chefe máximo do Poder Executivo Federal está sujeito tanto à responsabilidade por crimes comuns quanto por crimes de responsabilidade.¹⁶⁷ Isso é o que se extrai dos arts. 85 e 86 da CF/88.

Mas, inicialmente, é preciso distinguir essas duas figuras criminais. Crimes de responsabilidade, segundo Bulos, são infrações político-administrativas, atentatórias à

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Responsabilidade do governador, crime comum – processo – necessidade de aprovação previa da assembleia legislativa. **Fascículo 2 – criminal**. Revista dos Tribunais, 1990, v.657, p. 252.

¹⁶⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 2930-2931.

¹⁶⁶ CRETELLA JUNIOR, 1997, p. 2932.

¹⁶⁷ CRETELLA JUNIOR, José. **Do impeachment no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 40.

Constituição, cuja tipicidade é estabelecida em Legislação Federal e cujos atos são (em tese) praticados pelo Presidente da República, ministros de Estado, ministros do STF, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, governadores de Estado e do DF, secretários de Estado, prefeitos municipais e secretários municipais.¹⁶⁸

Advirta-se, porém, que o crime de responsabilidade não se confunde com crime comum. No primeiro existe um juízo de reprovação ao desempenho da função de natureza eminentemente política exercida pelo sujeito ativo (agente público), ou seja, trata-se da criminalização de condutas cuja sanção principal consiste na perda do cargo, ainda que outras penas acessórias sejam previstas. A tipificação, em boa medida, está prevista na Lei n. 1.079/50, que foi recepcionada em parte pelas constituições posteriores.¹⁶⁹

Trata-se, a rigor, de um modelo elaborado para que o Poder Legislativo fiscalize os demais Poderes:

Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes.¹⁷⁰

Essa natureza específica de crime está subdividida em dois tipos: Crimes de responsabilidade *stricto sensu*, assim entendidos aqueles propriamente ditos, que culminam na perda da função pública e na inabilitação para o exercício da função pública por oito anos e os delitos de responsabilidade *lato sensu*, cuja tipificação legal está na legislação penal de um modo geral. Os segundos – *lato sensu* – ensejam pena privativa de liberdade. Vêm previstos no Código Penal e em outras leis extravagantes. Podem ser próprios ou impróprios.¹⁷¹

Sobre estes (*lato sensu* próprios e impróprios), ensina Tourinho Filho que:

Dizem-se *próprios*, quando somente funcionário público pode cometê-los. São também chamados delitos de mão própria. Por exemplo, o emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, art. 315), a concussão (CP art. 316), a corrupção passiva (CP art. 317), a prevaricação (CP art. 319), a condescendência criminosa (CP art. 320), a advocacia administrativa (CP art. 321) etc. Delitos funcionais

¹⁶⁸ BULOS, 2010, p. 1220.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 686-687.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Petição n.º 3923. Autor: Ministério Público de São Paulo. Réus: Paulo Salim Maluf e outros. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 26 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Pet&nuMero=3923&origem=AP>>. Acesso em 06 set. 2013.

¹⁷¹ BULOS, 2010, p. 1220. (Grifo do autor)

impróprios são os que podem ser cometidos por qualquer pessoa, mas, se praticados por funcionário público, outra é a qualificação jurídico-penal. Assim, na hipótese de peculato-furto previsto no §1º do art. 312. Se é o particular que subtrai a conduta desloca-se para o art. 155; se cometido pelo funcionário público, valendo-se da facilidade que lhe proporciona essa qualidade, o delito se diz funcional impróprio.¹⁷²

Já os crimes comuns são aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa. A lei, nesse caso, não exige nenhuma condição especial em relação ao sujeito ativo. Exemplo é o homicídio.¹⁷³

De qualquer forma, e a despeito da detalhada exposição dos autores supracitados, é prática universalmente aceita enquadrar-se todo crime como comum, quando não for de responsabilidade.¹⁷⁴

A distinção é importante porquanto as medidas de repressão também se distinguem, conforme seja um ou outro. Especificamente sobre o tema dos crimes de responsabilidade há dois diplomas importantes. Um deles, obviamente, a CF/88, precisamente em seus artigos 85 e 86.

Lendo-os é possível chegar a algumas conclusões: primeiro, somente enquanto agente público (no caso, Presidente da República) existe para o detentor do cargo o rigor da Lei dos Crimes de Responsabilidade e do art. 85 da CF/88; segundo, o agente público, assim como qualquer outra pessoa, pode cometer um crime comum; terceiro, o Presidente da República, contudo, escapa à responsabilização durante seu mandato nos casos em que o ato praticado nada diga com sua função institucional – não significa imunidade, mas sim um impedimento temporário de processá-lo – cláusula de irresponsabilidade penal relativa, segundo Bulos,¹⁷⁵ e que suspende naturalmente o prazo prescricional para persecução penal.¹⁷⁶

¹⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V. 2. p. 152-153. (grifo do autor)

¹⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: Doutrina, casuística e conexões lógicas com os vários ramos do direito. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

¹⁷⁴ ZAUHY FILHO, Wilson. Crime de responsabilidade e crime comum praticado por governador de estado – procedimentos – constitucionalidade. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 99, 1991, p. 129.

¹⁷⁵ BULOS, 2010, p. 1225.

¹⁷⁶ SLAIBI FILHO, 2009, p. 524.

A rigor, portanto, a prerrogativa do art. 86, § 4º, da CF/88 configura uma imunidade processual que não se confunde com a imunidade parlamentar do art. 53, por exemplo, porque esta afeta diretamente o fato típico de determinadas condutas.¹⁷⁷

O outro diploma, de origem legal, é a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.¹⁷⁸ Já na Parte Primeira da Lei, o art. 4º elenca uma série de crimes de responsabilidade, na maioria semelhantes ao do art. 85 da atual CF. Mas ela estabelece ainda no Título I a tipologia dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República (Parte Primeira da Lei), subdivididos em oito capítulos (dos crimes contra a existência da união, dos crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais, dos crimes contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, dos crimes contra a segurança interna do país, dos crimes contra a probidade na administração, dos crimes contra a lei orçamentária, dos crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos, dos crimes contra o cumprimento das decisões judiciárias).

Quanto aos crimes comuns, os previstos na legislação ordinária e que se dirigem a todos indistintamente, como anteriormente dito, há apenas uma excepcionalidade no que se refere ao Presidente da República, dirigida aos crimes comuns praticados antes da investidura no cargo bem como àqueles que, embora praticados durante o exercício do mandato, não tenham relação com as funções que exerce:

[...] O art. 86, par. 4., da Constituição, ao outorgar privilegio de ordem político-funcional ao Presidente da Republica, excluiu-o, durante a vigência de seu mandato - e por atos estranhos ao seu exercício -, da possibilidade de ser ele submetido, no plano judicial, a qualquer ação persecutória do Estado. A cláusula de exclusão inscrita nesse preceito da Carta Federal, ao inibir a atividade do Poder Público, em sede judicial, alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Poder Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial. - A norma consubstanciada no art. 86, par. 4., da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal. - A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, par. 4., o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da Republica. [...]¹⁷⁹

¹⁷⁷ STIEFELMAN, Roger. Do Poder Executivo. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010, p. 551.

¹⁷⁸ SLAIBI FILHO, 2009, p. 522.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na ação penal n.º 305. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Fernando Affonso Collor de Mello. Ministro Relator: CELSO DE MELLO. Brasília, 18 dez. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.Asp?classe=AP&numero=305&origem=AP>>. Acesso em 06 set. 2013. (grifo nosso)

Obviamente, pois, ele pode praticar crimes comuns. A lei o alcança. Todavia, existe uma distinção feita pela própria CF/88. Os crimes comuns (estranhos a suas funções) praticados pelo Presidente da República não serão passíveis de responsabilização durante o mandato (art. 86, § 4º).¹⁸⁰ Entenda-se, portanto, que o Presidente da República, assim como qualquer pessoa, sujeita-se à legislação penal brasileira em toda sua amplitude.

No que pertine aos governadores, os crimes comuns, como dito anteriormente, são todos que não os crimes de responsabilidade. Usa-se o critério da exclusão também aplicado aos crimes do presidente. Por sua vez, na Parte Quarta da Lei 1.079/50, art. 74, há referência expressa de que os crimes previstos nela aplicam-se também a Governadores e a Secretários de Estado.

A sistemática processual para os dois tipos de crime tem bases fincadas na CF/88, mas a regulamentação mais específica está em leis infraconstitucionais. Na verdade, como se viu, o art. 86 traça as diretrizes.

Como o problema proposto neste trabalho é muito pontual, dispensável ir às minudências do processo, seja o penal ou o político. A rigor, analisando apenas alguns dispositivos constitucionais da CF/88 é possível enfrentar o tema.

Percebe-se, aliás, que a licença prévia de que se trata na monografia refere-se à figura jurídica que tem origem antes mesmo de qualquer outro ato processual. Ela serve como um pressuposto para o próprio desencadeamento (instauração) do processo penal. Veja-se, por exemplo, o que diz Bastos em parecer publicado na Revista dos Tribunais:

Como já vimos, a grande novidade introduzida nessa matéria pela CF/88, foi o trasladar para a competência do STJ o processar e julgar os Governadores de Estados nos crimes comuns. A questão que se põe no momento é a seguinte: quando se tem por processado o Governador do Estado? E a resposta não-la dão os penalistas. Tudo se inicia como ato de denúncia que será submetida à apreciação do Poder Judiciário para o exame da satisfação dos pressupostos de procedibilidade. Dentre estas condições, hoje figura a própria licença da Assembleia Legislativa.¹⁸¹

Pois bem. Diz o art. 86 da CF/88 que o Presidente da República só será processado se contra ele houver uma acusação devidamente analisada e admitida pela Câmara dos

¹⁸⁰ CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 54.

¹⁸¹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Crime comum praticado pelo Governador (parecer). In: **Estudos e pareceres**: direito público: constitucional, administrativo, municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

Deputados, sendo necessário, para acatá-la, o voto de dois terços dos membros da Casa¹⁸² - o art. 51, I, da CF/88 elenca entre as competências privativas da Câmara dos Deputados a de autorizar a instauração de processo contra o Presidente da República, o Vice e os Ministros de Estado, pelo voto de dois terços dos membros da Casa.

A rigor, o texto consagra um ritual que tradicionalmente integrou a sistemática constitucional brasileira desde a primeira constituição republicana, “segundo a qual a apuração e sanção dos crimes do Presidente da República, sejam os comuns como os de responsabilidade, desenvolvem-se em duas fases”, a saber, a da acusação, perante a CD, que opera como um juízo de admissibilidade, e a do julgamento pelo Senado Federal (SF) (arts. 51, I, e 86).¹⁸³

Trata-se de um juízo político prévio, cuja finalidade é verificar a existência de razões para a acusação, a plausibilidade de que os fatos denunciados sejam mesmo reprováveis e de que a acusação não é simplesmente fruto de “quizílias ou desavenças políticas”.¹⁸⁴ Não há um juízo de condenação, mas sim de justificar a causa/processo possível de ser instaurado e a importância reside no envolvimento de uma autoridade governamental relevante:

O juízo prévio de admissibilidade da acusação, que requer o voto de 2/3 da representação popular, é um pré-julgamento que embasa a suspensão do acusado de suas altas funções (art. 86, § 1º), com aquela mesma idéia do sistema argentino e norte-americano de que uma alta autoridade governamental não pode ser submetida a processo político ou criminal enquanto estiver no exercício de sua magistratura.¹⁸⁵

A partir daí seguem providências distintas caso o crime seja comum ou de responsabilidade. No primeiro caso, o processo e o julgamento são de competência do STF (art. 102, I, da CF/88). No segundo, do Senado Federal,¹⁸⁶ que será presidido, excepcionalmente, pelo Presidente do STF (art. 52, I e Parágrafo único, da CF/88). A regra de 88 é a mesma já presente nas constituições brasileiras desde a primeira Constituição

¹⁸² STIEFELMAN, 2010, p. 548.

¹⁸³ SILVA, 1990, v. 657, p. 252.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 21564. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado(a): Presidente da Câmara dos Deputados. Ministro Relator: Octavio Gallotti. Brasília, 27 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=21564&origem=AP>> Acesso em 06 set. 2013. (grifo nosso)

¹⁸⁵ SILVA, 1990, v. 657, p. 253.

¹⁸⁶ CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 51.

republicana (CF/1891, art. 53; CF/1934, art. 58/ CF/1937, art. 85, CF/1946, art. 88/ CF/1967, art. 84; EMC 01/1969, art. 82).¹⁸⁷

No caso de processo por crime comum, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo STF (art. 86, §1º, I, da CF/88), pelo prazo máximo de 180 dias (§2º), ao que, não estando concluído o processo, cessará a suspensão mencionada, sem prejuízo do prosseguimento do processo.¹⁸⁸ O Presidente da República só se sujeita a prisão determinada por sentença condenatória (§3º).¹⁸⁹

Quanto ao crime de responsabilidade, cabe ao SF instaurar o processo, após a licença da CD.¹⁹⁰ A suspensão do Presidente da República ocorre com a devida instauração do processo (art. 86, §1º, II, da CF/88).¹⁹¹ Em relação aos crimes de responsabilidade não há prisão. O prazo máximo de conclusão do processo é também de 180 dias. Decorrido, sem decisão, o Presidente retorna a suas funções.¹⁹²

Esse é um apanhado breve das normas constitucionais que presidem o processo e o julgamento do Presidente da República por crimes comuns e de responsabilidade. É de crucial importância o *caput* do art. 86 c/c com o art. 51, I, ambos da CF/88.

São esses dispositivos constitucionais que estabelecem a necessidade de autorização prévia do Parlamento (aqui uma das Casas) para processar e julgar o Chefe do Executivo, que se reproduziu fielmente em quase todas as Constituições estaduais no Brasil – na CE/MG não se localizou dispositivo semelhante em relação aos crimes comuns; a CE/PB chegou a ser questionada no STF unicamente por contemplar *quórum* de maioria absoluta para a licença, ao contrário da CF/88.

Neste último caso, as ADIs 185, 214, 218, que tramitam em conjunto, estão pendentes de julgamento, embora ajuizadas em 1990. A medida cautelar requerida na época foi

¹⁸⁷ CRETELLA JUNIOR, 1997, p. 2932.

¹⁸⁸ CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 53.

¹⁸⁹ BULOS, 2010, p. 1226.

¹⁹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O impeachment na Constituição de 1988**. Belém: CEJUP, 1992, p. 76.

¹⁹¹ CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 53.

¹⁹² CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 53.

indeferida ao argumento determinante de que a suspensão da eficácia dos dispositivos criaria um vácuo Legislativo sobre a matéria naquele Estado-membro.¹⁹³

Mas esse modelo deve ser transplantado na íntegra para os Estados? O núcleo fundamental da discussão proposta passa, sem dúvida, pelo debate se esse modelo de responsabilidade e de processo do Presidente da República deve reproduzir-se, em sua completude, no âmbito dos Poderes Executivos estaduais.

Desde logo cabe mencionar que não há a pretensão de elastecer demasiadamente o tema proposto, mas seria interessante conjecturar até que ponto essas mesmas regras poderiam estender-se ainda aos chefes dos Executivos municipais. Basta observar que a situação seria semelhante. Pois não há nada expresso que o determine, assim como quanto aos Governadores. Da mesma forma, seria um julgamento proferido por um órgão do Poder Judiciário de outro ente da Federação (no caso o TJ), condicionado à autorização da Câmara de Vereadores. Isso no que se refere ao processo por crime comum.

Mas aqui o questionamento é exclusivamente em relação aos governadores. A problemática foi levantada há um bom tempo por Zauhy Filho, nos seguintes termos:

Dispõe a Constituição Federal competir à Câmara dos Deputados admitir a acusação contra o Presidente da República. Essa admissão da denúncia, que trata de infração penal comum, é também juízo político, não estando a casa legislativa do povo vinculada a conjunto probante; pode inadmitir, inclusive, contra farta prova de autoria e materialidade.

(...)

Aqui já é possível indagar: e ao Governador de Estado-membro é lícito igual procedimento nas infrações penais comuns?¹⁹⁴

Mais recentemente, a OAB e a PGR entraram na luta contra os dispositivos que reproduzem a necessidade de licença prévia para processo dos governadores por cometimento

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 218. Autor: Governador do Estado da Paraíba. Ministro Relator: Sydney Sanches. Brasília, 22 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=218&origem=AP>> Acesso em 06 set. 2013. (grifo nosso)

¹⁹⁴ ZAUHY FILHO, 1991, p. 130.

de crimes comuns. A irresignação foi inicialmente exposta pela PGR contra a LO/DF¹⁹⁵ e as Constituições de Santa Catarina,¹⁹⁶ do Rio Grande do Sul¹⁹⁷ e do Maranhão.¹⁹⁸

Posteriormente a OAB ingressou paulatinamente com outras ADIs buscando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos presentes nas Constituições de Acre,¹⁹⁹ Alagoas,²⁰⁰ Amapá,²⁰¹ Amazonas,²⁰² Bahia,²⁰³ Ceará,²⁰⁴ Espírito Santo,²⁰⁵ Goiás,²⁰⁶ Mato

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4362. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3815342>> Acesso em 30 set. 2013.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4386. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Santa Catarina. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3844376>> Acesso em 30 set. 2013.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4674. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164551>> Acesso em 30 set. 2013.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164553>> Acesso em 30 set. 2013.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4764. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Acre. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230056>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4766. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Alagoas. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230101>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4765. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Amapá. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230083>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4771. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Amazonas. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240110>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4777. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa da Bahia. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4244456>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4775. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Ceará. Ministro Relator: Rosa Weber. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4244367>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4792. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Espírito Santo. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256873>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4773. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Goiás. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240119>> Acesso em 30 set. 2013.

Grosso,²⁰⁷ Mato Grosso do Sul,²⁰⁸ Pará,²⁰⁹ Paraíba,ⁱ Paraná,²¹⁰ Pernambuco,²¹¹ Piauí,²¹² Rio de Janeiro,²¹³ Rio Grande do Norte,²¹⁴ Rondônia,²¹⁵ Sergipe,²¹⁶ Tocantins.²¹⁷

3.2 O princípio da separação de poderes no Estado Democrático de Direito. Aspectos históricos e contornos jurídico-constitucionais

É preciso compreender o princípio da separação de poderes e de que forma ele se manifesta juridicamente no estágio atual do constitucionalismo brasileiro, até para que se

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4797. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Mato Grosso. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4258984>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4781. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4247149>> Acesso em 30 set. 2013.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4690. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Pará. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4255888>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4791. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Paraná. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256017>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4793. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Pernambuco. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256875>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4798. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Piauí. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4258992>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4772. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240112>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4799. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4259379>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4800. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Rondônia. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4259390>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4806. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Sergipe. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4261898>> Acesso em 30 set. 2013.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4804. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Tocantins. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4261878>> Acesso em 30 set. 2013.

possam fixar as balizas da relação entre os diversos órgãos estatais, esclarecendo como esse princípio está voltado ao equilíbrio de forças no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, em que pese tenha se manifestado anteriormente que o Poder Executivo assume certa preponderância num Estado Social, nem por isso o princípio da separação de Poderes deixa de servir como vetor de equilíbrio entre os agentes estatais.

A divisão de poderes (ou funções) é de há muito concebida como consectário de um Estado – ou sociedade - com limites. Deita raízes já na antiguidade, quando tratada por autores como Aristóteles,²¹⁸ Platão e Políbio.²¹⁹

Todavia, é a partir da segunda metade do século XVII que reflexões mais profundas dedicam-se a “*recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía*”.²²⁰ Ou seja, o constitucionalismo de então procura sustentar doutrinas que admitem, ao contrário de Hobbes, e Rousseau mais tarde, um poder soberano mas que seja limitado e divisível.²²¹

Contribuições significativas para o tema da contenção de poder também foram dadas por James Harrington (1611-1677),²²² Bolingbroke (1678-1751),²²³ Locke e Montesquieu.

Uma forma de governo equilibrada e moderada seria desenvolvida amiúde por Locke (1632-1704). Em sua obra o Poder Legislativo é predominante como expressão da vontade do povo que vive em sociedade. Entretanto, esse poder não é ilimitado. Deve guardar consonância com os objetivos do povo que o consentiu, o que automaticamente lhe vincula à observância dos propósitos que levaram o homem ao convívio em sociedade política, sob o comando de um governo, a saber, preservação da vida, da propriedade e da liberdade.²²⁴ Deve, portanto, legislar por meio de leis expressas, determinadas e permanentes, e nunca por

²¹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karen Praefek; Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406.

²¹⁹ ZIPPELIUS, 1997, p. 406-407.

²²⁰ FIORAVANTI, 2011, p. 85.

²²¹ FIORAVANTI, 2011, p. 86, tradução livre.

²²² FIORAVANTI, 2011, p. 88-89, tradução livre.

²²³ FIORAVANTI, 2011, p. 95, tradução livre.

²²⁴ LOCKE, 2002, p. 90.

expedientes casuísticos, extemporâneos, arbitrários.²²⁵ E na medida em que o poder que detém lhe é confiado pelo povo, não tem o direito de transferir esse poder a ninguém.²²⁶

Ainda segundo o filósofo britânico, não haveria razão para que o Poder Legislativo fosse permanente. Como as leis poderiam ser elaboradas em curto prazo, ainda que para duração contínua, permitir um Legislativo também permanente “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana”, pois, “a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las”, subtraindo-se ao dever de obedecê-las, quando não as estatuindo em seu próprio benefício,²²⁷ conduziria a sociedade a um governo arbitrário.

Para a execução das leis dentro da sociedade, porque são permanentes, como já se disse, e porque não deveriam recair sobre os cuidados de quem as elabora, há então a necessidade de um Poder Executivo.²²⁸

Em síntese, o que a obra de Locke credits ao constitucionalismo é uma distinção entre poder absoluto e moderado e uma concepção de que Poder Legislativo e Executivo não se podem confundir num mesmo órgão titular, sob pena de afronta a maior e mais concreta garantia dos direitos individuais: saber que o legislador não dispõe de nenhum poder direto de coação sobre os cidadãos, assim como o Executivo não dispõe do poder de legislar.²²⁹

O que se vê nesse período seiscentista e setecentista é um pensamento político inovador, para o qual cada uma das funções básicas do Estado deve ser exercida por um órgão próprio, superando assim a concepção que vingara nos estados pré-modernos e mesmo nas monarquias absolutistas de que as tarefas estatais se podiam concentrar na figura do monarca.²³⁰

Mas foi Montesquieu (1689-1755) o autor da “mais prestigiosa teoria da separação de poderes, em torno da qual, ainda hoje, os defensores e os detratores do princípio se

²²⁵ LOCKE, 2002, p. 91-92.

²²⁶ LOCKE, 2002, p. 96-97.

²²⁷ LOCKE, 2002, p. 98.

²²⁸ LOCKE, 2002, p. 98.

²²⁹ FIORAVANTI, 2011, p. 93, tradução livre.

²³⁰ MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; _____; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Lima. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 155.

digladiam”.²³¹ Influenciado pelas teorias de Locke e Bolingbroke, assentaria ele as premissas para uma adequada divisão das funções estatais, de modo a impedir o abuso de poder:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Nem sempre se encontra nos Estados moderados, porém. Só se acha ali quando não haja abuso de poder: mas é uma experiência eterna a que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.²³²

Montesquieu, em sua obra, considera liberdade política como a possibilidade que tem o cidadão de fazer tudo que a lei o permite, sem temor em relação ao Estado. Pois para ele era da tranquilidade do espírito que provinha a segurança,²³³ e para atingir tal desiderato tornava-se indispensável evitar a concentração dos poderes estatais em uma só pessoa ou mesmo num corpo de magistratura.²³⁴

E de que forma ele tentou tornar isso possível? Estabelecendo funções específicas para cada poder. A definição dos três poderes, para Montesquieu, na época, não correspondia exatamente à que se tem hoje. Havia o Legislativo, e o Executivo subdividia-se em dois, sendo o “Executivo das coisas que dependem do direito das gentes” o que se entende por Executivo hodiernamente, e o “Executivo das coisas que dependem do direito civil”, papel hoje assumido pelo Judiciário,²³⁵ mas obviamente sem as mesmas características atuais. Sabe-se que é de Montesquieu a teoria segundo a qual os Tribunais de julgamento sequer precisavam ser permanentes, deveriam compor-se de pessoas do próprio povo e suas decisões não deveriam ser mais do que a expressão precisa de um texto da lei, sob pena de se cair no subjetivismo do juiz.²³⁶ Recorde-se que para o filósofo os juízes da nação eram apenas a boca que pronunciava as palavras da lei.²³⁷

O Legislativo era responsável pela elaboração das leis, mas não deveria participar da execução, e de outro lado, o Executivo participaria do processo Legislativo somente com a faculdade de impedir, ou seja, com o poder de veto.²³⁸

²³¹ MORAES FILHO, 2003, p. 155.

²³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 167-168.

²³³ MORAES FILHO, 2003, p. 156.

²³⁴ MORAES FILHO, 2003, p. 156.

²³⁵ MONTESQUIEU, 2010, p. 168-169.

²³⁶ MONTESQUIEU, 2010, p. 170.

²³⁷ MONTESQUIEU, 2010, p. 175.

²³⁸ MONTESQUIEU, 2010, p. 175.

A confusão de ambos na mesma figura criaria o temor de leis tirânicas, executáveis tiranicamente. Se o Legislativo, por sua vez, se unisse ao poder de julgar, seria o senhor da vida e da liberdade dos cidadãos. O juiz se tornaria legislador. Por outro lado, o juiz aliado ao Executivo se tornaria um opressor. E na fase mais aguda de uma crise, tudo estaria perdido caso as três funções fossem concentradas em uma pessoa ou num corpo de magistratura.²³⁹

Não há dúvida alguma da influência e do próprio desenvolvimento dessa doutrina sobre o Estado Liberal, iniciando sua projeção mundo afora a partir da Revolução Inglesa, da Revolução Americana e sobretudo da Revolução Francesa,²⁴⁰ chegando a ser inscrita neste último caso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e assumindo a partir de então um lugar presente no pensamento político e constitucional:

É falar: a fórmula da separação foi aceita e proclamada como penhor de regime constitucional, ao lado da declaração de direitos públicos subjetivos, numa concepção tão bem formulada e conscientemente valorada, que ainda hoje se mantém com força axiomática; pois contemporaneamente, nos dias que fluem, regime constitucional é, sobretudo, técnica de repartição de competência entre órgãos públicos independentes uns dos outros e, de par com isto, solene declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana, com suas indispensáveis garantias de realizabilidade.²⁴¹

Na história constitucional brasileira, o princípio esteve presente desde a Constituição Imperial, embora sob roupagens diversas. O modelo quadripartite imperial, que incluía o Poder Moderador, foi substituído pela tripartição de poderes fortemente influenciada pela Constituição Americana e introduzido no Brasil pelos Decretos n.º 510, de 22 de junho e 914-A, de 23 de outubro, ambos de 1890.²⁴²

Nas constituições posteriores se consagrou a fórmula tripartite idealizada por Montesquieu,²⁴³ embora não se possa afirmar com segurança que a previsão formal desse princípio tenha logrado êxito na realização material dos objetivos traçados pela fórmula de divisão e limitação do poder de origem liberal:

Sua simples presença no corpo das Constituições presidencialistas não fez nosso homem mais livre. Como nunca se praticou a contento e os mais de cem anos da existência republicana estão, hoje, a repudiá-lo, o que dele recebemos não foi jamais a lição da liberdade, que ele nunca nos pôde ministrar, senão a prepotência ditatorial

²³⁹ MONTESQUIEU, 2010, p. 169.

²⁴⁰ MORAES FILHO, 2003, p. 154.

²⁴¹ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional: organização dos poderes da República. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.4. p. 41.

²⁴² MORAES FILHO, 2003, p. 171.

²⁴³ BULOS, 2010, p. 504.

dos governos que tiveram sempre a assiduidade de contraditá-lo, humilhando e enfraquecendo o Poder Legislativo, afogando-o em crises periódicas, de que os últimos acontecimentos de nossa vida constitucional, dão, aliás, triste cópia.

(...)

Formalmente, quase todas as Constituições do país, desde o império à República, o consagraram nas bases de uma colaboração, que foi apenas de texto, meramente nominal, e sempre desmentida, já na monarquia (pelo intervencionismo do Poder Moderador), já pela República.²⁴⁴

De qualquer forma, independentemente do movimento acidentado do princípio da separação de poderes no constitucionalismo brasileiro, fato é que ele ocupa destacada posição no art. 2º, da CF/88:

O Brasil tem como um de seus fundamentos a tripartição de Poderes políticos, o que significa dizer que o exercício do poder se faz de modo tripartite: cabe ao Legislativo discutir e votar leis; ao Executivo, executar as leis; e ao Judiciário, o julgamento dos casos concretos segundo as leis.

Foi essa a opção do constituinte brasileiro. Além de fundamento do Estado Brasileiro, a separação de Poderes é uma cláusula pétreia, como previsto no art. 60, § 4º, III.²⁴⁵

A novidade, entretanto, é que o princípio da separação de poderes não pode mais ser lido na sua formulação clássica de independência rígida entre os poderes. Basta lembrar, por oportuno, as competências legislativas concentradas no Poder Executivo atualmente ou mesmo o deslocamento do polo de tensão de demandas constitucionais para o Poder Judiciário, circunstâncias citadas no capítulo anterior, rompendo com a visão liberal de separação de poderes.

Essa releitura surge necessariamente em decorrência das transformações sociais por que atravessa o Estado, já devidamente abordadas. Com efeito, a independência dos Poderes não é absoluta, muito antes, existe “uma interdependência entre estes na realização do Estado Social”.²⁴⁶ Não persiste como único objetivo do princípio a limitação do poder, como na visão liberal clássica, mas se soma a esse propósito de limitação, também o dever de “realizar o programa constitucional estabelecido, servindo cada um dos poderes como um mecanismo de *impulsos-freios-contrapesos*”, segundo Pansieri.²⁴⁷

Diz o dispositivo constitucional citado que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Em princípio, afirmam Bastos e Martins, estas expressões seriam contraditórias, ao menos se tomadas cada uma delas de

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 88.

²⁴⁵ FERRAZ FILHO, 2010, p. 7.

²⁴⁶ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138. (grifo do autor)

²⁴⁷ PANSIERI, 2012, p. 138.

forma absoluta, porque seria muito difícil conceber algo totalmente independente e ao mesmo tempo harmônico. “O que se dá, aqui, é a necessidade de se interpretar as expressões de forma relativa”. Assim, independente significa não subordinado, não sujeito a outro órgão/poder. Ou ainda que se trata de um órgão que tem condições de conduzir os seus objetivos de forma plenamente autônoma. A harmonia, por sua vez, revela-se na “necessidade de evitar que esses órgãos se desgarem, uma vez que a atividade última que perseguem, que é o bem público, só pode ser atingida pela conjugação de suas atuações”, concluem.²⁴⁸

Portanto, contemporaneamente, é mais usual e recomendável falar-se nos sistemas presidencialistas, de que o Brasil é exemplo, em independência e harmonia de poderes/órgãos, representada pelo exercício preponderante de determinadas atribuições por órgãos do poder público,²⁴⁹ a partir da repartição constitucional de competências no âmbito do que Möller chama de modelo constitucionalista de separação de poderes,²⁵⁰ preservando-se, em todo caso, a ideia subjacente ao princípio que é a de estabelecer uma estratégia de desconcentração do poder político.²⁵¹

Concluindo, vale ressaltar a observação de Fioravanti, para quem na fórmula contemporânea de democracia constitucional parece haver uma pretensão de justo equilíbrio entre o princípio democrático e a ideia - ínsita de toda a tradição constitucionalista - de fixar limites ao poder político, notadamente a partir da força normativa da constituição, e, em particular, por meio do controle de constitucionalidade característico das democracias modernas.²⁵²

Nesse cenário ainda relativamente novo, diz o autor, é que surgem tensões diversas, a exemplo da relação entre os sujeitos protagonistas deste equilíbrio. De um lado os atores da política democrática, parlamento, governo e partidos; de outro, os sujeitos de garantia jurisdicional. E é indispensável o “*mantenimiento e la progresiva consolidación del equilibrio*” cujo pressuposto sugere que um não intente invadir o campo de atuação do outro.²⁵³

²⁴⁸ BASTOS; MARTINS, 1988, v.1, p. 438.

²⁴⁹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 181.

²⁵⁰ MÖLLER, 2011, p. 158.

²⁵¹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 180.

²⁵² FIORAVANTI, 2011, p. 163-164, tradução livre.

²⁵³ FIORAVANTI, 2011, p. 164, tradução livre.

3.3 A licença prévia como condição para processo contra o Chefe do Executivo

Inicialmente, cabe salientar, até mesmo em razão do que já foi exposto no tópico anterior, que um Governador de Estado, assim como qualquer outra pessoa/cidadão, está sujeito à Legislação penal comum brasileira, na medida em que “o princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos - os Governadores de Estado e do DF, em particular - são igualmente responsáveis perante a lei”.²⁵⁴

Mas para que um Governador de Estado responda a um processo penal é necessário que o Parlamento do respectivo Estado ou do DF autorize a instauração da persecução penal. Admita a acusação. É o mesmo procedimento adotado para o sistema de processamento do Presidente da República, como se pode demonstrar anteriormente.

Na prática, o STJ, a quem compete julgar originariamente os Governadores, também conduz o inquérito (Inq) que os investiga. Mas é no momento do oferecimento da acusação perante o STJ que ocorre a paralisação do feito. A partir da acusação, o STJ, normalmente por meio de seu Presidente (art. 21, I, RISTJ), informa à AL respectiva a existência da acusação contra o Governador de Estado e sob-resta o andamento do feito até que sobrevenha a autorização para prosseguimento.²⁵⁵

Dai por diante, a espera. O processo penal, eminentemente jurídico, condicionado exclusivamente a interesses políticos. A primeira vez que o desencadeamento de uma ação penal foi autorizada por uma AL ocorreu na Ação Penal originária do STJ (Apn) 401, onde era réu o então governador de Rondônia, Ivo Cassol.²⁵⁶ Isso só em março de 2005. Em junho de 2010 o réu renunciaria ao cargo de Governador que exercia desde janeiro de 2003, o que

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 80511. Paciente: Itamar Augusto Cautiero Franco. Coator: Relator da Ação Penal originária 170/MG no Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+80511%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+80511%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amw62zh>>. Acesso em 17 set. 2013.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 136. Autor: Orestes Quércia. Réu: Tasso Jereissati. Ministro Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800230076&pv=0000000000>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 401. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77785. Acesso em 06 set. 2013.

deslocou a ação penal para a 1ª Vara Criminal de Rolim Moura/RO – a prerrogativa de foro só subsiste enquanto perdurar o mandato, ADI 2797/STF e Inq 687-QO.

Alguns outros episódios podem ser sintomáticos para entender a grandeza do problema. A Apn 387, ajuizada em face do então Governador da Paraíba foi suspensa em 2008, pelo Min. Rel. Paulo Galotti, em razão do Decreto Legislativo da AL daquele Estado que não concedera a licença prévia – despacho de 27.06.08.²⁵⁷

No caso da Apn 207, queixa-crime ajuizada em face de Ronaldo Lessa, então governador de Alagoas, o pedido de autorização feito pelo STJ em fevereiro de 2002 foi reiterado em outras cinco oportunidades, sempre sem qualquer resposta da AL alagoana, até que em 04.03.05, foi determinada pelo Min. Rel. Felix Fischer a suspensão do prazo prescricional.²⁵⁸ Posteriormente a ação foi encaminhada para o 1º Grau em razão do julgamento da ADI 2797, que julgaria inconstitucional postergar a prerrogativa de foro para além do mandato eletivo. Situação similar ocorreu na Apn 287, em que o acusado foi o Governador do DF Joaquim Roriz. Após três solicitações não atendidas de autorização para processá-lo, em 10.05.06, também foi determinada a remessa dos autos ao 1º Grau, por conta do julgamento da ADI 2797.

Na Apn 662, em que um dos réus é o Governador do Mato Grosso, recentemente também foi determinada a suspensão do prazo prescricional pelo Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho (21.08.13), já que a AL respectiva negou autorização ao prosseguimento do feito. Apenas por curiosidade, o ilustre chefe do Executivo é acusado, entre outros crimes, de peculato, formação de quadrilha, fraude a licitações, ordenação de despesas não autorizadas, lavagem de dinheiro.²⁵⁹

Outro caso emblemático é o do ex-governador do DF, José Roberto Arruda, denunciado na Apn 624 pelo Ministério Público Federal por falsidade ideológica e tentativa

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 387. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Cássio Rodrigues da Cunha Lima. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401548022&pv=000000000000>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 207. Autor: José Thomaz da Silva Nonô Netto. Réu: Ronaldo Augusto Lessa Santos. Ministro Relator: Felix Fischer. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200101978219>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 662. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Silval da Cunha Barbosa. Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200901119880&dt_publicacao=21/8/2013. Acesso em 06 set. 2013.

de corromper testemunha a fim de frustrar as investigações do Inq 650-DF – agora convertido na Apn 707. Neste caso específico a PGR, já antevendo a providência penal que seria tomada no caso, ajuizou a ADI 4362 para tentar a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que exigiam a licença prévia para que o governador fosse efetivamente processado. Também requereu na própria denúncia que os dispositivos fossem afastados por inconstitucionais, em sede de controle difuso de constitucionalidade. Não obstante, em 06.03.2010, o Min. Rel. Fernando Gonçalves determinou que se fizesse o pedido de autorização à CL do DF para prosseguimento do processo.²⁶⁰ Como ainda em março daquele mesmo ano Arruda seria cassado pelo Tribunal Regional Eleitoral do DF em razão de infidelidade partidária,²⁶¹ a licença tornou-se dispensável.²⁶²

Por não ser mais Governador do DF ele também perdeu a prerrogativa de foro que detinha. Em 05.06.13, a Corte Especial do STJ determinou que a Apn 707 fosse desmembrada para que todos os réus sem prerrogativa de foro fossem julgados em seus juízos naturais, preservando naquele Tribunal tão só o processo contra um conselheiro do TCE distrital. Em 1º.08.13, o Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima determinou a remessa da Apn 624 ao Tribunal de Justiça do DF pelos mesmos motivos e porque havia conexão entre as duas ações.²⁶³

Na Apn 721, o atual Governador de RR foi denunciado por falsidade ideológica. Em 09.05.13 o Min. Rel. João Otávio Noronha determinou a solicitação de autorização à AL para tramitação da ação.²⁶⁴ Os dispositivos da constituição estadual inerentes ao tema são objeto da ADI 4805, ajuizada pela OAB. A ação penal foi sobrestada em 05.08.13, ainda pendente de resposta da AL.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=8685055&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁶¹ BONIN, Robson. **TRE-DF determina a perda do mandato de Arruda**, texto digital. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1532366-5601,00-tredf+determina+a+perda+do+mandato+de+arruda.html>. Acesso em 29 set. 2013.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=19193063&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=30181675&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 721. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José de Anchieta Júnior. Ministro Relator: João Otávio Noronha. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201200850326&dt_publicacao=15/5/2013. Acesso em 06 set. 2013.

Pois bem! Todas as ações aqui citadas têm suas informações disponíveis no próprio sítio do STJ. A rigor, em 12.09.13 existiam 725 ações penais catalogadas no sistema de consulta processual do STJ. Claro que nem todas relativas a Governadores de Estado. O espectro de autoridades que detém foro naquele Tribunal é enorme – nas palavras do Ministro Celso de Mello, já pronunciadas em julgamentos anteriores do STF e retomadas na sessão plenária de 18.09.13 que analisava a admissibilidade dos embargos infringentes na AP 470, a CF/88, a pretexto de ser republicana, no que se refere às prerrogativas de foro, revelou-se extremamente aristocrática.

De qualquer forma, as ações citadas anteriormente e selecionadas por amostragem permitem compreender, na prática, o que significa a necessidade de licença prévia para processar um Governador. E já que o respeito incondicional a estes dispositivos constitucionais estaduais tem sido a regra, próximo passo é entender qual a natureza jurídica desse instituto e porque tal aspecto é relevante sobretudo para uma discussão quanto à sua insubsistência quando da abordagem sobre o princípio federativo e a repartição de competências no próximo capítulo.

Mas então, o que é a licença prévia para que se possa processar um Governador? Qual sua natureza jurídica? Uns o dizem condição de procedibilidade, outros, condição objetiva de punibilidade. Uma terceira corrente dispensa tantos detalhes e defende a existência tão só de condições de ação, no que para o caso específico sob exame pode gerar uma impossibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, condições de procedibilidade são circunstâncias cuja presença é considerada por lei como indispensável ao desencadeamento do processo. É bom advertir, de imediato, que a despeito da *nomen iuris* que recebe, tem natureza processual, como bem demonstra Avena ao conceituar a matéria:

São aquelas que devem estar presentes em determinadas ações penais, não possuindo, portanto, caráter geral. Trata-se, enfim, de condições específicas, de natureza eminentemente processual, que vinculam o próprio exercício da ação penal e que são exigidas em determinados casos a partir de previsão legal expressa.²⁶⁵

A propósito, Mirabete ensina que “as condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, tem caráter processual e se atêm somente à

²⁶⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, p. 156.

admissibilidade da persecução penal”,²⁶⁶ ou seja, quando exigidas, a falta de seu implemento impede o transcurso da ação.

O mesmo autor acrescenta ainda que “as condições de procedibilidade podem atuar sobre o mérito, sobre a ação ou sobre o processo, tudo dependendo dos efeitos que a lei lhes der, o momento em que são reconhecidas pelo juiz ou em razão de outras circunstâncias”.²⁶⁷

As referências a condições gerais e especiais estão em consonância com parcela considerável da doutrina. De modo geral, as chamadas condições gerais de ação são três: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação da parte – há uma tendência criticada por alguns autores de transplantar acriticamente os conceitos de processo civil para o âmbito processual penal,²⁶⁸ em que pese não seja objeto desta monografia aprofundar a discussão.

Mas, sob a lição de Tourinho Filho é bom lembrar a especificidade em matéria penal, nos seguintes termos:

Serão as mesmas condições de que trata o Processo Civil? Em princípio, sim. Contudo, até há pouco tempo, dizia-se que, além daquelas condições da ação civil, a pena ficava subordinada a outras, denominadas condições de procedibilidade ou perseguibilidade.

Recente doutrina, entretanto, denomina condições de procedibilidade aqueles requisitos aos quais se subordina o exercício da ação penal. (...)

Cumprir notar, contudo, que das condições de *procedibilidade ou da ação*, umas são exigidas sempre, e outras tornam-se necessárias num ou noutro caso. Isto posto, podemos distingui-las em condições genéricas e condições específicas.

As primeiras são aquelas sempre indispensáveis ao exercício da ação penal e que devem coexistir (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir). As específicas, como a própria denominação está a indicar, são aquelas a que fica subordinado, em determinadas hipóteses, o direito de ação penal.²⁶⁹

Como alerta Tourinho Filho, a rigor, a melhor doutrina tem considerado que todas, específicas e genéricas, são, na verdade, condições de procedibilidade. O que as distinguirá é o fato de serem ou não necessárias para toda e qualquer ação penal:

Ao lado dessas *condições genéricas*, sempre exigidas, a lei penal ou processual, em determinadas hipóteses, faz subordinar o exercício da ação penal a outras condições. (...) com essa denominação, procurava-se extremá-las das *condições genéricas*. Hoje, contudo, a melhor doutrina considera tanto aquelas quanto estas condições de procedibilidade.
(...)

²⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93.

²⁶⁷ MIRABETE, 2007, p. 93.

²⁶⁸ LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 363-366.

²⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p. 507.

Para distingui-las, consideramos aquelas *exigidas* sempre *condições genéricas*, e as exigidas num ou noutro caso, *condições específicas*. Específicas, repita-se, porque a lei a exige em alguns casos. Uma vez exigida pela lei, sua ausência torna inadmissível o *jus actions*.²⁷⁰

Por fim, uma das condições específicas nominadas pelo autor é justamente a autorização da AL, pelo voto de 2/3 dos seus membros, para ser instaurado processo contra Governador.²⁷¹

A mesma posição é defendida por Silva, ao comentar especificamente a questão relativa ao processo contra Presidente:

O juízo de admissibilidade constitui condição prévia, condição de procedibilidade, sem a qual nem o Senado Federal nem o STF podem processar e julgar o Presidente da República. O sistema tem sua matriz no art. I, seção 2, n. 5, e seção 3, ns. 6 e 7, da CF dos Estados Unidos da América do Norte, mas tem suas raízes mais remotas na Inglaterra, onde à Câmara dos Comuns compete o juízo de acusação e à dos Lordes o julgamento.²⁷²

Já as condições objetivas de punibilidade, por sua vez, compreendem-se como “aquelas das quais depende o aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias não previstas no tipo penal”, segundo Avena. Diz o professor que são circunstâncias exteriores ao crime, não integrantes do tipo e de acontecimento futuro e incerto.²⁷³

Trata-se, na verdade, de fenômeno com cunho de política criminal,²⁷⁴ porque a punibilidade está na dependência do aperfeiçoamento de elementos e circunstâncias estranhas à figura típica. É chamada condição objetiva por ser indiferente ao elemento subjetivo do agente do crime (dolo ou culpa).²⁷⁵ Refere-se, portanto, ao mérito da ação e extingue a pretensão punitiva.²⁷⁶

A distinção entre ambas é importante, mas há de se atentar para possíveis consequências semelhantes entre essas duas figuras. Como alerta Greco Filho, a condição de punibilidade, positiva ou negativa, ao contrário das condições de procedibilidade, pode manifestar-se durante o trâmite da ação penal, porque não é pressuposto para o seu ajuizamento. Mas é fato que a existência de uma circunstância afeta à condição de punibilidade anterior ao ajuizamento da ação tem o condão de impedir a persecução penal. É

²⁷⁰ TOURINHO FILHO, 2003, v.1, p. 521.

²⁷¹ TOURINHO FILHO, v.1, p. 522.

²⁷² SILVA, 1990, v.657, p. 253.

²⁷³ AVENA, 2009, p. 157.

²⁷⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997, p. 144.

²⁷⁵ MIRABETE, 2007, p. 92.

²⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

o caso, por exemplo, das condições extintivas de punibilidade, que adquirem, antes da ação penal, o caráter de condições negativas de procedibilidade.²⁷⁷

Utilizando-se da posição adotada em relação à prévia autorização da Câmara dos Deputados para processo e julgamento do Presidente da República, pode-se afirmar que o requisito (também no caso das ALs) é considerado como condição de punibilidade por autores como Távora e Alencar.²⁷⁸

E uma terceira corrente rechaça essas qualificações que, no limite, não fazem mais do que distinguir aquilo que tem origem e característica comum, na medida em que, segundo Tucci, não são mais do que “outras condições para o exercício do direito à jurisdição penal”, menciona Lopes Júnior.²⁷⁹

Ou seja, os autores que defendem essa terceira posição transportam as chamadas condições de procedibilidade para dentro das condições da ação porque essas ditas circunstâncias especiais previstas em lei, na verdade, repercutirão na própria possibilidade jurídica do pedido. Posição adotada, entre outros, por Oliveira²⁸⁰ e Greco Filho. No ponto, aliás, ensina Greco Filho:

Condições de procedibilidade são fatos, naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal. Assim, por exemplo, a representação do ofendido na ação penal pública condicionada, a requisição do Ministro da Justiça no caso de crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro (CP, art. 7º, § 3º, b), as condições de procedibilidade impedem a ação penal, tornando o pedido impossível. Não são outras condições da ação, mas condições especiais subsumidas na possibilidade jurídica do pedido.²⁸¹

Outra autora a reforçar essa corrente é Grinover, que, a propósito, comentando o caso do Presidente da República, conclui:

Em consideração às prerrogativas de uma das partes, não é possível formular a acusação criminal, sem a observância do requisito supra (art. 86 da CF/88). Este caso também configura hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. Sem o cumprimento desse requisito, o pedido condenatório é juridicamente impossível. Mais uma vez, não há porque se falar em *condição de procedibilidade*.²⁸²

²⁷⁷ GRECO FILHO, 2010, p. 108.

²⁷⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2012, p. 164.

²⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria apud LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 377.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125.

²⁸¹ GRECO FILHO, 2010, p. 108.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n.º 69, 2007, p. 194.

Por fim, Lopes Junior, também adere à última corrente, referindo-se à autorização da Câmara dos Deputados para processo contra Presidente da República, seu Vice, ou contra os Ministros de Estado, prevista no art. 51, da CF/88²⁸³ e, como já amplamente demonstrado, de íntima conexão com a matéria tratada nesta monografia.

No âmbito jurisprudencial, citam-se dois julgados, exemplificativamente, que adotaram a terminologia da condição de procedibilidade: o HC 102.732/STF²⁸⁴ e o HC 100.706/STJ²⁸⁵ – este último tratava da extinta licença prévia como condição para processo contra parlamentares, abolida pela EC 35/01.

Em qualquer das correntes que se enquadre a licença prévia, pode-se frisar desde já que, sendo de natureza processual ou de natureza material (direito penal), a competência privativa para legislar sobre o assunto é da União – art. 22, I, CF/88 – ponto a ser aprofundado no próximo capítulo.

Entretanto, as Constituições estaduais em grande parte contemplaram dispositivos semelhantes à CF/88. Vejam-se os seguintes comandos legais: Acre: Art. 81; Alagoas: Art. 110; Amapá: Art. 121; Amazonas: Art. 56; Bahia: Art. 107; Ceará: Art. 90; DF: Art. 103; Espírito Santo: Art. 93; Goiás: Art. 39 - Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 09-09-2010, a redação anterior silenciara quanto ao quórum de admissão); Maranhão: Art. 66; Mato Grosso: Art. 68; Mato Grosso do Sul: Art. 63 e Art. 91; Pará: Art. 137; Paraíba: Art. 88; Paraná: Art. 89; Pernambuco: Art. 39; Piauí: Art. 104; Rio de Janeiro: Art. 147; Rio Grande do Norte: Art. 65; Rio Grande do Sul: Art. 84; Rondônia: Art. 67; Roraima: Art. 65; Santa Catarina: Art. 73; São Paulo: Artigo 49; Sergipe: Art. 86; Tocantins: Art. 41, § 1º.²⁸⁶

Vê-se, pois, que a Constituição mineira não foi listada. Como dito anteriormente é a única que não prevê a licença prévia para processo contra governador por cometimento de

²⁸³ LOPES Jr., 2013, p. 378.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 102732. Paciente: José Roberto Arruda. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102732%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102732%2EACMS%2E%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/cfsdhttp>. Acesso em 17 set. 2013.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n.º 100706. Paciente: Adão Pereira Xavier. Coator: Tribunal de Justiça do DF e Territórios. Ministro Relator: Felix Fischer. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200800402367&data=9/3/2009. Acesso em 17 set. 2013.

²⁸⁶ BRASIL. **Legislação estadual**: Constituições estaduais. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais#content>. Acesso em 08 out. 2013.

crime comum. Trata da questão no art. 92 e como se tentará demonstrar adiante, talvez possa ter sido a que deu solução mais plausível para o caso, mormente pelo que dispõe no § 1º, quanto à suspensão do exercício das funções do Governador.

3.4 Das relações entre Executivo-Legislativo. O presidencialismo de coalizão e o ultrapresidencialismo

A forma como a pesquisa foi estruturada e a tentativa de resposta a que se propõe apresentar traz, intrinsecamente, a necessidade de abordagem do tema do chamado presidencialismo de coalizão, que se reveste de peculiaridades. A relação entre os poderes Executivo e Legislativo no Brasil, notadamente para o caso sob exame, no âmbito estadual, que tem sido designada na literatura política ora como ultrapresidencialismo,²⁸⁷ ora como hiperpresidencialismo,²⁸⁸ pode se transformar em obstáculo para responsabilização penal de um chefe do Executivo estadual. Nesta pesquisa monográfica o objetivo é tão só incluir esse elemento na discussão porque se mostra bastante razoável tomar esse cuidado, independentemente dos erros e dos acertos do modelo presidencialista brasileiro.

A influência do presidencialismo nos demais níveis de governo é indiscutível. Como diz Cintra, o presidencialismo em nível federal “também rege os governos dos estados e dos municípios”, sem prejuízo de algumas distinções formais em relação ao governo federal – o autor aponta duas em especial, quais sejam, o Legislativo unicameral e a quase inexistência do uso de medidas provisórias nos Estados.²⁸⁹ Daí, portanto, a possibilidade de alguns comentários sobre o fenômeno na esfera federal com possíveis retoques para o âmbito estadual.

Há um texto fundamental para compreender o tema, de autoria de Abranches, que, aliás, foi quem cunhou a expressão “presidencialismo de coalizão”, cuja leitura é

²⁸⁷ ABRUCIO, Fernando. **Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: HUCITEC/USP, 1998.

²⁸⁸ KRAUSE, Silvana. Governadores na “era PMDB” em Goiás (1982-1998): um caso de “Hiperpresidencialismo” regional?. In: FERREIRA, Denise Paiva; Bezerra, Heloísa Dias. (Org). **Panorama da política em Goiás**. Goiânia: UCG, 2008, p. 75.

²⁸⁹ CINTRA, Antônio Octávio. O sistema de governo no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; _____. (Org). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 74.

indispensável e, a despeito de publicado às vésperas da CF/88, como diz Oliveira ainda é muito atual.²⁹⁰

Do ponto de vista conceitual, pode-se dizer que o presidencialismo de coalizão é um fenômeno sócio-político em que o Poder Executivo precisa necessariamente de uma base parlamentar aliada para levar a cabo as políticas públicas governamentais, sendo certo também que essa base deve ser a maioria e que, muito provavelmente, não estará representada só pela sigla do próprio Presidente.

Com efeito, “a freqüência de coalizões reflete a fragmentação partidário-eleitoral, por sua vez ancorada nas diferenciações sócio-culturais; é improvável a emergência sistemática de governos sustentados por um só partido majoritário”.²⁹¹

Na verdade, uma conjuntura social bastante complexa e diversificada como a brasileira implica, em sua essência, a necessidade de uma representação partidária mais ampla e abrangente, sob pena de que o monopólio de poucos partidos possa levar a uma falta de legitimidade representativa – uma representação superficial, na linha do que defende Abranches.²⁹² O multipartidarismo, segundo ele, não faz do modelo brasileiro algo especial ou muito distinto de outras democracias no mundo.

Entretanto, esse fator impele o Poder Executivo a realizar arranjos políticos indispensáveis para seduzir aliados a fim de compor uma base mais forte no parlamento, afinada com as tendências governamentais, ainda que (e isso é quase certo) estes parlamentares estejam pulverizados em diferentes partidos políticos, em consequência de um ambiente onde a representação partidária, sobretudo a parlamentar, é consideravelmente fragmentada. A estes arranjos se denomina coalizão, segundo Codato e Costa:

Coalizão refere-se a acordos entre partidos (normalmente com vistas a ocupar cargos no governo) e alianças entre forças políticas (dificilmente em torno de idéias ou programas) para alcançar determinados objetivos. Em sistemas multipartidários, nos quais há mais do que dois partidos relevantes disputando eleições e ocupando cadeiras no Congresso, dificilmente o partido do presidente possuirá ampla maioria no Parlamento para aprovar seus projetos e implementar suas políticas. Na maioria das vezes a coalizão é feita para sustentar um governo, dando-lhe suporte político no

²⁹⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Presidencialismo de coalizão, um velho dilema brasileiro**. CONJUR, 2013, texto digital. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-18/diario-classe-presidencialismo-coalizao-velho-dilema-brasileiro>. Acesso 29 jul. 2013.

²⁹¹ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. In: TAVARES, José Antônio Giusti. **O sistema partidário na consolidação da democracia brasileira**. Brasília: Instituto Teotônio Vilella, 2003, v. 3, p. 50.

²⁹² ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 35-36.

Legislativo (em primeiro lugar) e influenciando na formulação das políticas (secundariamente). Assim, alguns partidos, ou muitos, dependendo da conjuntura política, se juntam para formar um consórcio de apoio ao chefe de governo. Essa prática é muito comum no sistema parlamentarista, no qual uma coalizão interpartidária disputa as eleições para o Legislativo visando obter a maioria das cadeiras e com isso indicar (“eleger”) o primeiro-ministro.²⁹³

Na prática os contornos políticos são feitos de modo a permitir uma união partidária na base de apoio ao governo, o que normalmente leva para a coalizão a representação como um todo de um determinado partido no Parlamento. Ou seja, no Brasil, o sistema presidencialista conjuga-se com os pactos interpartidários característicos dos sistemas parlamentaristas.²⁹⁴

Em síntese, o objetivo dessas medidas é angariar um número suficiente de parlamentares que possam defender a posição do governo no âmbito Legislativo, buscando, por óbvio, alcançar uma maioria considerável na casa legislativa e assim propiciar a governabilidade.

Essa sistemática é bem explicitada por Moraes Filho:

O Executivo brasileiro organiza o apoio à sua agenda legislativa em bases partidárias, em moldes muito similares àqueles encontrados em regimes parlamentaristas. O Presidente da República distribui as pastas ministeriais com o objetivo de obter o apoio da maioria dos legisladores; devem comportar-se como tal no Congresso, votando a favor das iniciativas patrocinadas pelo Executivo.²⁹⁵

A estes dois elementos, o presidencialismo imperial próximo ao modelo americano e o multipartidarismo, soma-se a representação proporcional do Legislativo (em nível federal, a CD, nos estados, as ALs e no DF a CL), fundindo-os todos numa união que singulariza o sistema político brasileiro. Segundo Abranches, o Brasil é o único país no mundo onde além desses três fatores, o Executivo é organizado com base em grandes coalizões.²⁹⁶

Isso não significa(ria), por si só, que um partido, quando alinhado na coalizão governamental, não possa, em determinados episódios, postar-se contra o mesmo governo, mas é uma possibilidade de menor recorrência e ainda assim que dificilmente implicará uma ruptura do acordo feito anteriormente – Oliveira aborda a questão desde esse ponto de partida,

²⁹³ CODATO, Adriano; COSTA, Luiz Domingos. **O que é o presidencialismo de coalizão?** Sociologia política, 2006, texto digital. Disponível em <<http://adrianocodato.blogspot.com.br/2006/12/o-que-o-presidencialismo-de-coalizo.html>>. Acesso 12 set. 2013.

²⁹⁴ CODATO; COSTA, texto digital.

²⁹⁵ MORAES FILHO, 2003, p. 187.

²⁹⁶ ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 52.

o da possível ruptura casual, trabalhando com a tramitação da MP 595 – MP dos Portos e a tensão que envolveu sua aprovação.²⁹⁷

Mas é importante anotar e Abranches deixa isso muito presente em seu texto: a possibilidade de ruptura de uma coalizão existe sim e nesses casos normalmente trará consigo um momento de instabilidade institucional, na medida em que estará posta uma crise interna na própria coalizão, que, na fase mais aguda, pode atingir diretamente a Presidência.²⁹⁸

De modo geral, uma formação de coalizão passará por algumas fases, como demonstra Abranches, e pelas quais se infere um compromisso político recíproco entre os atores envolvidos, cuja observância é crucial para a continuidade da própria coalizão:²⁹⁹

A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação.³⁰⁰

Como dito anteriormente, a temática pode ser perfeitamente transportada para o sistema político estadual. Na medida em que as eleições estaduais guardam características similares à federal e já que as eleições parlamentares e a executiva são independentes também aqui estariam presentes “os desafios de harmonização dos dois poderes”.³⁰¹

Para tratar dos governos de coalizão no âmbito dos estados, optou-se por utilizar como texto base um estudo elaborado pelo professor da FGV/SP Fernando Abrucio, dissertação apresentada no programa de pós-graduação da USP em 1995 com posteriores atualizações e publicado em 1998, intitulado os Barões da Federação.

No trabalho o autor analisa os governos estaduais de 15 estados no período de 1991-1994. Denomina ultrapresidencialismo um sistema de governo estadual em que o Executivo detém um forte controle do governo e dos órgãos que o devem fiscalizar.³⁰²

²⁹⁷ OLIVEIRA, texto digital.

²⁹⁸ ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 69.

²⁹⁹ ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 64.

³⁰⁰ ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 63-64.

³⁰¹ CINTRA, 2007, p. 74.

³⁰² ABRUCIO, 1998, p. 109.

Segundo o autor, o ultrapresidencialismo é caracterizado por um Poder Executivo que é incontrastavelmente o centro político de governo em todo o espaço estadual, agindo, sobretudo, de modo a reduzir a atuação dos demais poderes.³⁰³

Para tanto, utilizaria duas formas básicas: eliminar a fiscalização tanto do poder Legislativo quanto do Judiciário. Nesse último caso a influência sobre a nomeação do Procurador-Geral de Justiça é, sem dúvida, um poderoso instrumento. Um outro fator importante é a participação na nomeação de membros dos tribunais de contas.³⁰⁴

Quanto à AL, o meio mais eficaz diz respeito à forte influência que o Executivo detém sobre o processo político eleitoral no estado, que lhe permite cooptar os parlamentares dentro de estratégias que instalam o próprio governo no centro do esquema.

Pelas mesmas razões apontadas anteriormente, a fragmentação político-partidária decorrente de contingências sociais brasileiras,³⁰⁵ também no âmbito estadual dificilmente o partido do governador possui maioria suficiente para governar, o que impõe a necessidade de formar coalizões.

Na prática, segundo Abrucio, como o sistema político impõe uma concorrência entre os candidatos internos de um mesmo partido, as campanhas parlamentares normalmente são individualistas e os redutos eleitorais dos candidatos são relativamente reduzidos, circunscritos a alguns municípios, sem prejuízo de votos em localidades esparsas, mas em quantidade menos relevante. Isso proporciona ao Executivo quase sempre alinhar coalizões mediante distribuição de recursos ou cargos no Executivo.³⁰⁶

Este ponto é central: Como o Executivo tem o controle do orçamento estadual, ele tem (ou teria) possibilidade de manejar os recursos de acordo com seus interesses políticos. Em determinados casos, tal medida pode significar inclusive a liberação de recursos imediatos e diretamente a municípios, bases eleitorais de parlamentares não situacionistas, sem que essas conquistas locais estivessem vinculadas a um nome parlamentar daquela região – a ausência

³⁰³ ABRUCIO, 1998, p.111.

³⁰⁴ ABRUCIO, 1998, p.140-141.

³⁰⁵ ABRANCHES, 2003, v. 3, p. 50.

³⁰⁶ ABRUCIO, 1998, p. 134-135.

de estruturas intermediárias de poder permite esse contato direto do Executivo estadual com as bases locais.³⁰⁷

Em outras situações, quando eventuais projetos para uma certa localidade dependem de aprovação parlamentar, o contato direto do Executivo estadual com o município desencadeia uma pressão de lideranças políticas locais sobre um determinado deputado que não está de acordo com o governo.³⁰⁸

Enfim, o que o autor tenta demonstrar é que há um poderosíssimo cabedal de instrumentos aptos a sobrepôr o Executivo ao Legislativo nos estados. Como diz Abrucio, passadas as eleições, vigora uma lógica quase monolítica, em que o Executivo se transforma no centro do sistema político estadual, com praticamente todos os políticos girando em torno dele.³⁰⁹

A propósito do tema, vale ressaltar que as coligações eleitorais são, em essência, a forma mais transparente e comum de formar coalizões, razão pela qual serão dedicadas algumas palavras para o tema, sobretudo, quanto às coligações eleitorais no âmbito estadual. Entretanto, é prudente assinalar que não há qualquer propósito político-partidário na abordagem do assunto. A rigor, há apenas a pretensão de trazer mais este elemento para o trabalho, com o intuito de enriquecer a discussão, demonstrando como, por vezes, a relação Executivo-Legislativo pode estar mais atrelada ao atendimento de interesses particulares do que propriamente públicos.

De início, cabe esclarecer que os termos aliança e coligação serão utilizados de forma indistinta para designar o mesmo fenômeno, qual seja, o da associação de listas partidárias para disputas eleitorais. Com efeito, diz Schmitt, a utilização dos dois termos se deve a que o primeiro constava no Código Eleitoral de 1965, até que a Lei n.º 7.454/85 introduziu o segundo, a coligação, que foi adotada por toda a legislação eleitoral subsequente.³¹⁰

Pois bem! Será que a atração política exercida pelo chefe do Executivo está circunscrita a uma aproximação, quiçá até uma conexão completa, entre os objetivos governamentais traçados com a simpatia dos potenciais parlamentares aliados?

³⁰⁷ ABRUCIO, 1998, p. 134-137.

³⁰⁸ ABRUCIO, 1998, p. 134-137.

³⁰⁹ ABRUCIO, 1998, p. 121.

³¹⁰ SCHMITT, Rogério. Os estudos sobre alianças e coligações eleitorais na Ciência Política brasileira. In: KRAUSE, Silvana; _____. (Org). **Partidos e coligações no Brasil**. São Paulo: Unesp, 2005, p. 12.

A experiência sugere dúvidas e tem demonstrado que não é tão simples a resposta. Aqui não há o objetivo de defender que seja impossível essa concordância de práticas governamentais entre governo e apoiadores/aliados, mas vale lembrar que as coalizões mais modernas são cada vez maiores, envolvem mais partidos, cada um deles, lembre-se, com programa partidário próprio e convicções políticas nem sempre concordes.

No RJ, por exemplo, em 2010, 16 partidos compuseram a coligação “Juntos Pelo Rio”, que apoiou Cabral; 09 partidos (As Pessoas em primeiro lugar) apoiaram João Raimundo em SC; 07 partidos apoiaram Alckmin em SP (Unidos por São Paulo); Antonio Anastasia foi apoiado por 12 partidos em MG (Somos Minas Gerais); 08 formavam “Pra Bahia Seguir Em Frente” de Jaques Wagner; 16 partidos compuseram “Juntos pelo Futuro” de Renato Casagrande no ES; 11 partidos formavam a “Novo Caminho” que apoiou Agnelo Queiroz no DF; A “ Frente Popular de Pernambuco” de Eduardo Campos tinha 15 partidos; no MA o “cacicado” Sarney continua vivíssimo com Roseana Sarney, cuja coligação, com o (irônico!) nome “ O Maranhão não pode parar” tinha 16 partidos³¹¹ – ela assumiu o cargo em 2009 depois que Jackson Lago e o vice foram cassados³¹² e foi reeleita em 2010, embora a legitimidade de seu mandato esteja *sub judice* em razão de possível abuso de poder.³¹³

E ainda assim, é preciso distinguir coligação e coalizão, porque esta pode ser costurada mesmo após as eleições. Ao distingui-las Schmitt afirma que as coalizões são formadas após o pleito, e podem não guardar sintonia com a aliança eleitoral para a disputa das eleições.³¹⁴

Entretanto, embora a coalizão de fato possa ser costurada mesmo após as eleições, vale lembrar que a forma mais usual é a utilização de coligações no pleito eleitoral. O próprio Abranches, como dito anteriormente, ao citar os três momentos decisivos na formação da coalizão, elenca a formação de alianças eleitorais com diretrizes mínimas para o momento

³¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2010**. Divulgação de Registro de Candidaturas. Disponível em: <<http://divulgacand2010.tse.jus.br/divulgacand2010/>>. Acesso em 29 set. 2013.

³¹² PEREIRA, Heraldo. **Governador do Maranhão, Jackson Lago, tem o mandato cassado pelo TSE**, texto digital. Globo notícias, texto digital. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,,MUL1088475-16021,00-GOVERNADOR+DO+MARANHÃO+JACKSON+LAGO+TEM+O+MANDATO+CASSADO+PELO+TSE.html>>. Acesso em 29 set. 2013.

³¹³ G1 MARANHÃO. **Em nota, Roseana Sarney se defende acusações de abuso de poder**. Globo notícias, texto digital. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2013/08/em-nota-roseana-sarney-se-defende-de-acusacoes-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 29 set. 2013.

³¹⁴ SCHMITT, 2005, p. 12.

pós-eleitoral, seguidas da formação do governo e da constituição da aliança em coalizão, quando surge a necessidade de formar a agenda político-governamental.

Já há quem diga, com base no modelo posto, que não se trata mais de coalizão político-programática (ideológica) e sim entre governo e oposição:

A nova característica que a coalizão governamental exibe no governo Lula, dada sua baixa coerência ideológica, substituindo-se as votações pautadas pela divisão ideológica pelas que opõem maioria governista – que une esquerda e direita – versus oposição, denota, segundo entende, uma mudança significativa no presidencialismo de coalizão.³¹⁵

A propósito do tema das coligações no âmbito estadual como estratégia formal, por assim dizer, de alianças, há um interessante estudo elaborado por Krause e Godoi, da Universidade Federal de Goiás.³¹⁶ Os autores analisaram as eleições de 1986 a 2006 (06 pleitos) com o propósito de “detectar as continuidades e descontinuidades da lógica coligacionista e assim fornecer elementos” que pudessem “contribuir com o debate sobre o comportamento aliancista no sistema político do país”,³¹⁷ assumindo como objetivo central identificar a natureza das alianças eleitorais do ponto de vista de duas correntes clássicas, a saber, a pretensão de maximizar os ganhos, sobretudo em número de votos e vantagens (Downs), ou seja, a racionalidade instrumental de um lado, e de outro, a perspectiva do ponto de vista ideológico dos atores envolvidos, dentro de um contexto social em que cada legenda está inserida – “resistência ideológica” (Soares).³¹⁸

Na nova democracia brasileira há uma tendência às candidaturas coligadas para o Poder Executivo estadual.³¹⁹ E mais do que isso: importa atentar para o fato de que a partir de 1994 houve, segundo eles, uma tendência de aumento das coligações chamadas inconsistentes, enquanto as consistentes entraram em declínio.³²⁰

Para fixação desses conceitos, os autores separaram os partidos conforme fossem de direita (D), centro (C) ou de esquerda (E). Assim, consistentes seriam coligações entre partidos de um mesmo bloco (DD, CC, EE); semiconsistentes, entre partidos de centro e de

³¹⁵ SANTOS, Fabiano apud CINTRA, Antônio Octávio. O sistema de governo no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; _____. (Org). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 69.

³¹⁶ KRAUSE, Silvana; GODOI, Pedro Paulo Alves. Coligações estaduais para os Executivos estaduais (1986-2006): padrões e tendências. In: _____.; DANTAS, Humberto; MIGUEL, Luis Felipe. (Org). **Coligações partidárias na nova democracia brasileira: perfis e tendências**. São Paulo, UNESP, 2010.

³¹⁷ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 41.

³¹⁸ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 42.

³¹⁹ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 46.

³²⁰ KRAUSE, GODOI, 2010, p. 55.

um dos outros blocos (EC, DC); inconsistentes, quando a coligação envolvesse partidos de polos extremos (ED, ECD).³²¹

Para os pesquisadores a lógica coligacionista nos estados tem, entre outros fatores, o objetivo de diminuir as incertezas em um tipo de pleito eleitoral caracterizado por um número considerável de partidos concorrentes, aliando-se a isso a necessidade de composição de uma maioria de apoio ao governo no Parlamento:

O diagnóstico indica que a grande maioria das legendas tem estabelecido esta estratégia diante das enormes incertezas que este pleito configura na competição eleitoral do país. A margem de instabilidade na eleição majoritária estadual diante do grande número de partidos na concorrência, associada com os altos índices de volatilidade eleitoral neste tipo de eleição, são fatores que devem ser considerados para compreender o fenômeno. À tese da economia de esforços (Downs) cabe ainda acrescentar que o sistema presidencialista estadual contribuiu com este comportamento, na medida em que os candidatos ao Executivo,(sic) calculam através das parcerias eleitorais, a sustentação do Poder Legislativo estadual (Lavareda, 1991).³²²

E complementam os autores advertindo que a barganha para obtenção de cargos também deve ser contemplada no cálculo.³²³ Ademais “a orientação pela maximização do voto, como princípio geral, predominou praticamente em todas as legendas e isto tem sido intensificado e ampliado nos últimos pleitos”. Por esse motivo, a crescente estratégia político-partidária por coligações que potencializem os ganhos em detrimento das que mantêm uma “resistência ideológica”. Por fim, sugerem que “a orientação para determinado tipo de estratégia coligacionista não se reduz somente à busca de eleitores, mas também a adquirir proximidade com grupos que estão no controle do poder”, concluem Krause e Godoi.³²⁴

De modo geral, a abordagem sobre esses aspectos políticos permite conjecturar sobre possíveis causas que influenciam uma tomada de decisão tão importante pelos parlamentos estaduais ou distrital. Ou seja, antes de autorizar a instauração de um processo penal contra o respectivo Governador, muitas dessas questões políticas podem influenciar, quando não compelir os Legislativos a se manterem inertes ou a recusarem a concessão de licença prévia para instauração do processo.

³²¹ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 53.

³²² KRAUSE; GODOI, 2010, p. 89-90.

³²³ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 90.

³²⁴ KRAUSE; GODOI, 2010, p. 96.

3.5 A inconstitucionalidade da licença prévia, segundo posições da PGR e da OAB

Antes de adentrar o tema, é necessário esclarecer de que forma será feita a abordagem. Como as ações são muitas e as respectivas iniciais são, em realidade, idênticas, quando oriundas da mesma instituição, OAB ou PGR, diferindo apenas nos elementos essenciais atinentes a cada uma das Constituições, ressalvada a singularidade da ADI 4362 porque ajuizada após a prisão do Governador do DF, optou-se por selecionar uma petição inicial de cada instituição para levantamento do conteúdo jurídico, a fim de expor quais foram os dispositivos constitucionais tidos como violados.

Ademais, já que o exame sobre a constitucionalidade da licença será objeto específico do próximo capítulo, aqui haverá apenas uma breve síntese dos argumentos jurídicos invocados, como forma de introduzir o debate. Por ora, expõe-se a tese das autoras. No próximo capítulo, por ocasião do efetivo exame de constitucionalidade a partir de cada um dos princípios constitucionais importantes ao tema, também virão a lume as considerações de defesa da licença, oriundas dos Legislativos envolvidos e da AGU – a antítese.

A OAB e a PGR, autoras das inúmeras ADIs já citadas são manifestamente contrárias à possibilidade da licença prévia. De modo geral, os argumentos jurídicos invocados por ambas não diferem muito. Porém, as ações da PGR têm um objeto mais restrito. Nas referidas ADIs, a PGR pleiteia a inconstitucionalidade exatamente – e somente - dos dispositivos que condicionam à prévia autorização da CL ou das ALs o julgamento do governador por cometimento de crimes comuns.³²⁵ A rigor, a causa de pedir é especificamente consentânea com o tema desta monografia, enquanto as ações da OAB são mais elásticas, abrangendo, também, questões de processo por crimes de responsabilidade.³²⁶

Para a PGR, segundo argumenta na ADI 4362, a inconstitucionalidade de tal condicionante exsurge basicamente da agressão indevida aos princípios da república (ou republicano), da separação de poderes, da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, da

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4362. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília, 2009, texto digital. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3815342>. Acesso em 29 set. 2013.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4764. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília, 2012, texto digital. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4230056>. Acesso em 29 set. 2013.

proporcionalidade e da federação. Assevera que é preciso, na linha do que fez a EC nº 35/01, revisitar a matéria e mudar o entendimento até o momento consagrado de constitucionalidade da licença prévia.³²⁷

A OAB, por sua vez, pelo que consta na ADI 4764, reforça a inconstitucionalidade da licença prévia sob o ângulo material denunciando a violação aos princípios da república, da separação de poderes e do acesso à jurisdição.³²⁸

A PGR afirma que no regime republicano todos os governantes devem responder por seus atos, seja política ou juridicamente. A ideia básica da forma republicana de governo repousa no fato de que o governante trata da coisa pública, portanto, da coisa de todos. Não é crível que o agente público escape à responsabilização pelos ilícitos que comete, mormente quando amparado em subterfúgios (i)legais ou (in)constitucionais que os privilegiem. A república não é compatível com privilégios.³²⁹ A propósito:

O regime republicano é absolutamente refratário à instituição de privilégios, na medida em que se baseia no reconhecimento da igual dignidade de todos os cidadãos. Por isso, é da sua essência a possibilidade de responsabilização civil, administrativa e criminal dos governantes, inclusive perante o Poder Judiciário. Este pela sua imparcialidade e pelo regime de garantias constitucionais de que desfruta, possui melhores condições institucionais do que os órgãos Legislativos para aferir a responsabilidade jurídica dos agentes públicos. É por isso que no regime republicano, erigido a partir da perspectiva *ex parte populi* das relações políticas, devem ser vistas com suspeição e interpretadas restritivamente todas as normas que atenuem ou dificultem a responsabilização judicial dos mandatários do povo.³³⁰

A OAB também invoca o princípio republicano como obstáculo à extensão da licença prévia para as constituições estaduais. É que a licença como condição de procedibilidade para ação penal contra o Presidente da República foi inserida na CF/88 pelo próprio Poder Constituinte originário. É inaplicável, portanto, utilizar-se da simetria nesse caso. E assinala ainda:

A rigor, nunca é demais lembrar que no Estado Democrático de Direito e no Regime Republicano a interpretação há de ser feita com base na evolução dos valores sociais e republicanos guardados pela nação, de modo a permitir que os maus governantes sejam responsabilizados política e juridicamente pelas condutas praticadas com abuso ou desvio de finalidade, tudo em prejuízo do bem comum e da '*res pública*'.

³²⁷ BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

³²⁸ BRASIL. ADI 4764, 2012, texto digital.

³²⁹ BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

³³⁰ BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

Aliás, ser republicano significa – acima de tudo – ser zeloso no trato da coisa pública, sendo certo que a Constituição e as leis valem objetivamente por si mesmas, não subjetivamente pelo que o constituinte ou o legislador quiseram dizer.³³¹

No que se refere ao princípio da separação de poderes, segundo a PGR, é imprescindível atentar para a lógica de que seja outorgada ao Poder Judiciário a exclusividade do Poder Jurisdicional, porquanto está mais preparado para dirimir os conflitos sociais e aplicar sanções penais, em razão de sua condição de isenção e imparcialidade. “O condicionamento da instauração de ação penal contra autoridades governamentais a um prévio juízo político de um órgão legislativo é uma anomalia no sistema de separação de poderes”, arremata.³³²

Aliás, a ação penal não se traduz em mecanismo posto a disposição de governantes de plantão para perseguições políticas, mas sim em instrumento essencial no Estado Democrático de Direito, para que, após o devido processo legal, se possa repreender aquele que atentou contra bem juridicamente relevante para a legislação penal. E no entender da PGR, essa é a razão pela qual não se pode tolher o direito de acesso ao Poder Judiciário, na medida em que a ação penal é também um instrumento de tutela dos direitos fundamentais.³³³ A propósito do princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, aduz a OAB:

Essa condição, no mais, vulnera o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) dada a imposição de uma condição indevida ao processamento e julgamento da ação penal proposta pelo Ministério Público, resultando, ademais, em ofensa ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade (art. 1º, art. 5º, LIV), na vertente da vedação à proteção deficiente a bens jurídicos de hierarquia constitucional.³³⁴

Outro ponto abordado pelo representante ministerial é a violação ao princípio da proporcionalidade, questão igualmente ventilada pela OAB como visto acima. Para a PGR, a necessidade de licença prévia para processo penal contra Governador de Estado-membro configura flagrante violação ao princípio da proporcionalidade pela proteção insuficiente. Isso porque a condição de procedibilidade alijada cria um grave obstáculo ao dever estatal, “assentado no princípio republicano, de buscar a punição daqueles que cometem crimes, por mais elevados que sejam os cargos ou funções que ocupem”.

Conforme a PGR, sob o exame dos subprincípios da proporcionalidade, mesmo que a condição de procedibilidade passasse pelo exame da necessidade e da adequação, ela

³³¹ BRASIL. ADI 4764, 2012, texto digital.

³³² BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

³³³ BRASIL. ADI 4764, 2012, texto digital.

³³⁴ BRASIL. ADI 4764, 2012, texto digital.

certamente esbarraria no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. É que não há, segundo afirma, como se conceber que o mal causado pela existência dessa condição possa ser superado por algum benefício em prol da coletividade. Com efeito, a medida em discussão equivaleria a um “passaporte para a impunidade dos agentes políticos que ela favorece”, além de corroer a confiança dos cidadãos no sistema jurídico, ao difundir um sentimento de que a justiça nunca chega aos delinquentes poderosos, “sendo os governantes imunes às leis que valem para o restante da população”, conclui.³³⁵

O mesmo ponto é abordado pela OAB, para quem a tal licença viola o princípio da proporcionalidade porquanto o suposto ganho do Estado-membro com a preservação de sua autonomia tem gerado, a rigor, um “*Bill* de impunidades” que esvazia os valores magnos da CF/88.³³⁶

Finalmente, o princípio federativo. A PGR diz que este tem sido o principal fundamento utilizado por aqueles que defendem a constitucionalidade da licença. Segundo essa corrente, o STJ, por pertencer à estrutura da União, não poderia julgar um Governador porque a instauração de ação penal implica a suspensão do exercício das funções pelo chefe do Executivo, e, conseqüentemente, haveria uma indevida interferência da União no Estado-membro. Mas para o agente ministerial esse argumento é insustentável porque a circunstância de o STJ pertencer à estrutura da União não impede que ele analise quaisquer demandas que envolvam autoridades de outros entes federados, principalmente em fase recursal. Ademais, recorre a trecho do voto do então Min. Peluzo na ADI 3367-1/DF, que examinou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, para dizer que o Poder Judiciário é uno e indivisível, de caráter nacional e não federal ou estadual. E por fim adverte que o STF e o STJ, provocados a se manifestar, inadmitiram a licença prévia como condição para processo penal contra prefeito.³³⁷

Todos esses argumentos serão analisados no próximo capítulo e de forma mais ampla, com a devida profundidade que o caso merece, a fim de demonstrar as razões jurídicas pelas quais o Estado Democrático de Direito brasileiro não se coaduna com a reprodução da licença prévia constante nos arts. 51, I c/c 86, da CF/88, no âmbito das Constituições estaduais.

³³⁵ BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

³³⁶ BRASIL. ADI 4764, 2012, texto digital.

³³⁷ BRASIL, ADI 4362, 2009, texto digital.

4 A LICENÇA PRÉVIA PARA PROCESSO PENAL CONTRA GOVERNADOR E SUA IMPOSSIBILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA CONSTITUCIONAL

No capítulo que segue, a consistência jurídica da licença prévia multicitada é posta à prova a partir do estudo dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, especialmente o republicano, o federativo, o da inafastabilidade do Poder Jurisdicional e o da proporcionalidade. Somem-se a isso algumas considerações acerca do papel da jurisdição constitucional no trato da questão, sobretudo para, no que se refere ao STF, especular sobre uma futura resposta às inúmeras ADIs ajuizadas e, no caso do STJ, lançar uma provocação sobre a (im)possibilidade de conhecimento da matéria no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

É importante acentuar, ainda, que o foco mais específico para o enfrentamento do problema pressupõe que uma tentativa de reprimenda penal contra um Governador seja motivada por atos de corrupção do chefe do Executivo, nas suas variadas formas. Ou seja, a despeito de o Governador estar sujeito ao cometimento de crimes de natureza privada, por assim dizer, de que são exemplos algumas ações penais citadas no capítulo anterior, é em relação aos crimes praticados no exercício da função de chefe do Executivo que se torna muito mais grave a infração, na medida em que na maior parte dos casos frustra as expectativas sociais promovidas pelo programa constitucional vigente.

4.1 A licença prévia nas Constituições estaduais como violação ao princípio federativo

O federalismo no Brasil nasceu com a República. Ambos foram expressões trazidas pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Nasce naquele momento a República Federativa. Mantém-se em todas as Constituições posteriores, embora num aspecto meramente nominal nas Constituições de 1967 e na EC 1/69. Portanto, a CF/88 não o inventa, nem o implanta. Apenas o recebe do sistema jurídico então vigente.³³⁸ Mas o que é o federalismo e quais as consequências da adoção dessa forma de Estado no Brasil para o caso em análise?

A origem da federação – ou princípio federativo, ou mesmo federalismo – está na Constituição Americana de 1787.³³⁹ Foi nos Estados Unidos da América que surgiu o primeiro modelo moderno de Estado federal:³⁴⁰

Sob a perspectiva histórica, como união de Estados, a Federação é um fenômeno moderno que só aparece no século XVIII, em particular desde a experiência norte-americana que, a partir de 1787, transforma a Confederação em Federação, dando origem ao Estado Federal.³⁴¹

O Estado Federal é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal para instituí-lo. Há, portanto, entre eles, Constituição e Estado federal, uma relação de causalidade.³⁴²

O grande desafio do sistema federativo é, com certeza, preordenar e manter ordenado o sistema de repartição de competências. O sistema do Estado Federal e toda sua estrutura são de indubitosa complexidade. Com razão, “a engenharia constitucional de articulação de duas ordens de tendências contraditórias: uma tendente à unidade, outra tendente à diversidade sempre foi uma atividade complicada”, diz Reverbel.³⁴³

Como diz Horta, “a organização do Estado Federal é tarefa de laboriosa engenharia constitucional. É que o Estado Federal requer duplo ordenamento, desencadeando as normas e

³³⁸ SILVA, 2005, p. 99.

³³⁹ SILVA, 2005, p. 99.

³⁴⁰ ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241.

³⁴¹ STRECK; MORAIS, 2010, p. 171.

³⁴² HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 305.

³⁴³ REVERBEL, Carlos Eduardo Dider. **O Federalismo numa visão tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

as regras próprias a cada um”,³⁴⁴ ou seja, o ordenamento da Federação ou da União e aqueles pertencentes aos Estados-membros. O primeiro, dizendo respeito ao ordenamento central, cujas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição terão repercussão nacional, “atingindo o território e a população do Estado Federal no seu conjunto”, enquanto os ordenamentos dos Estados-membros, por sua vez, são parciais e com alcance no interior do respectivo Estado-membro.³⁴⁵

E é à Constituição Federal que se confia a missão de garantir a coexistência desses ordenamentos jurídicos diversos.³⁴⁶ Pois não é a só existência de territórios com autonomia política que tem o condão de caracterizar o Estado Federal. Pelo contrário, em que pese a descentralização política seja um elemento fundamental, deve vir acompanhada de outros, dentre os quais a existência de uma unidade jurídica do todo, um ponto central e vários regionais. Assim, “abrigada a descentralização política, convivem num mesmo território a ordem jurídica global e as ordens jurídicas parciais”,³⁴⁷ e é por meio do sistema de repartição de competências que a convivência entre esses ordenamentos se torna possível.³⁴⁸

Portanto, a Constituição Federal como elemento estabilizador e, sobretudo, unificador do direito em um determinado território, tem esse papel indispensável para a preservação da unidade jurídica global num Estado federal. A lição de Hesse pode colaborar aqui:

Dado que a Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do restante do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, ela vem a se converter em fator de unidade do ordenamento jurídico da Comunidade em seu conjunto, no seio do qual impede não só o isolamento do Direito Constitucional em relação aos outros ramos do Direito como também a existência isolada dos distintos setores do Direito entre si.³⁴⁹

É na CF/88, pois, que se encontrarão os elementos conformadores do Estado federal brasileiro. Para Silva, há, basicamente, dois traços a definir um Estado Federal: a existência da União e de coletividades regionais autônomas,³⁵⁰ no caso brasileiro, os Estados-membros, os Municípios e o DF. Mas calha recorrer também a Temer e tornar mais completa a definição e as características do que é o Estado Federal.

³⁴⁴ HORTA, 2002, p. 306.

³⁴⁵ HORTA, 2002, p. 306.

³⁴⁶ HORTA, 2002, p. 306.

³⁴⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

³⁴⁸ TEMER, 2008, p. 61.

³⁴⁹ HESSE, 2009, p. 87.

³⁵⁰ SILVA, 2005, p. 100.

Embora a coexistência da União e de coletividades autônomas, como apontado por Silva, sugira a efetiva descentralização política, é fato que isso, isoladamente, é apenas um indicativo do Estado federal.³⁵¹ A esse elemento devem somar-se pelo menos outros dois.

O primeiro deles, a participação da vontade parcial na vontade geral,³⁵² o que quer dizer que os Estados-membros devem ter a prerrogativa de participar do processo político no âmbito federal, global, e, “assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a soma das decisões emanadas das vontades locais”.³⁵³ A participação política cogitada é normalmente exercida no âmbito dos Estados federados por um órgão representativo dos Estados-membros, denominado Senado Federal.³⁵⁴ A CF/88 consagra essa prerrogativa de participação política no seu art. 46, ao afirmar que o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do DF eleitos pelo princípio majoritário, funcionando da condição de delegados dos respectivos Estados e atuando na defesa dos interesses do ente estatal na participação das decisões federais.³⁵⁵

É muito normal que os Estados federados tenham uma composição parlamentar com duas Câmaras, uma com representantes do povo, eleitos pelo critério proporcional, e outra com representantes dos entes federados, cuja eleição se dá na forma majoritária, como já ressaltado.³⁵⁶ É o caso brasileiro. Também aqui o sistema adotado no Brasil vai ao encontro da solução adotada nos Estados Unidos.

Com efeito, na formação do federalismo americano optou-se pelo bicameralismo a fim de evitar a desproporção representativa dos entes federados, que poderia ocorrer de um lado, pelo uso apenas do critério proporcional, fazendo dos Estados mais populosos verdadeiros beneficiários porque contariam com representação mais robusta; de outro lado, a adoção do critério majoritário colocaria todos os Estados em iguais condições, operando um desequilíbrio no valor do voto dos cidadãos, na medida em que entes federados com pequena população teriam o mesmo peso do que aqueles com população numerosa nas decisões

³⁵¹ TEMER, 2008, p. 63.

³⁵² TEMER, 2008, p. 63.

³⁵³ TEMER, 2008, p. 63.

³⁵⁴ TEMER, 2008, p. 63.

³⁵⁵ COCUZZA, Francisco Oliveira. Do Poder Legislativo. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010, p. 373.

³⁵⁶ TEMER, 2008, p. 63.

federais. O equilíbrio, assim, seria possível por meio de duas Câmaras, cada uma composta por meio de um dos critérios citados.³⁵⁷

O outro elemento indispensável no Estado federal é a prerrogativa que os Estados-membros têm de se auto-organizarem por meio de Constituições próprias. Aos Estados-membros atribui-se autonomia, ao contrário da soberania, própria do Estado Federal (União):

O Estado-membro goza de *autonomia*. Quer dizer, é livre no campo a ele deixado pela Constituição do Estado Federal. Este, o Estado total, na sua *soberania*, fixa a organização do todo e ao fazê-lo cria um campo aberto para os Estados federados. Tal campo, como já se viu, tem um espaço mínimo: auto-organização, descentralização legislativa, administrativa e política.³⁵⁸

A edificação da repartição de competências revela-se indispensável pela necessidade de delimitação do que é, ou não, abordado apenas no âmbito regional, ou, ao contrário, demanda um tratamento a nível nacional, ou quem sabe até em ambos:

A decisão a respeito da repartição de competências condiciona a fisionomia do Estado Federal. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território federal, enquanto outras ficarão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e dos Municípios.³⁵⁹

Segundo Horta, por meio de “princípios, técnicas e de instrumentos operacionais” é que se estabelece o adequado funcionamento do sistema federativo, entre os quais, pela relevância e pertinência, destacam-se a repartição de competências entre os Estados-Membros e a Federação (União), e a existência de um Tribunal, capaz de resolver os conflitos entre as pessoas jurídicas envolvidas no cenário federativo.³⁶⁰ A opinião é compartilhada por Temer, que entende como necessários à manutenção do sistema federativo tanto a rigidez constitucional, capaz de impedir que simples comandos legislativos ordinários retirem eficácia do sistema federativo, como a existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade.³⁶¹

Ora, se a repartição de competências é a “coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal”,³⁶² torna-se natural a necessidade de um órgão que possa

³⁵⁷ DE TOCQUEVILLE, Alex. **A Democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 95-96.

³⁵⁸ FERREIRA FILHO, 1999, p. 53.

³⁵⁹ HORTA, 2002, p. 308.

³⁶⁰ HORTA, 2002, p. 307.

³⁶¹ TEMER, 2008, p.65.

³⁶² HORTA, 2002, p. 311.

preservar as normas constitucionais atinentes ao sistema federativo, ou seja, um Tribunal Constitucional competente para resolver os conflitos entre órgãos e autoridades dos diversos entes estatais brasileiros, tarefa confiada ao STF, por influência do constitucionalismo americano, como se pode perceber no relato de Tocqueville acerca das razões que levaram à criação da Suprema Corte americana:

Uma primeira dificuldade iria apresentar-se ao espírito dos americanos. Trata-se de dividir a soberania de tal sorte que os diferentes Estados que formavam a União continuassem a governar-se por si mesmos em tudo o que não dissesse respeito senão a sua prosperidade interior, sem que a nação inteira, representada pela União, deixasse de formar um corpo e de prover a todas as suas necessidades gerais. Questão complexa e de difícil solução.

(...)

Como se previa, porém, que poderiam surgir na prática questões relativas aos limites exatos desse governo excepcional, e como teria sido perigoso abandonar a solução de tais questões aos tribunais ordinários instituídos nos diferentes Estados pelos próprios Estados, criou-se uma alta Corte Federal, tribunal único, que tinha entre as suas atribuições manter entre os dois governos rivais a divisão dos poderes que a Constituição previra.³⁶³

O modelo de controle de constitucionalidade do sistema federativo no Brasil configura-se essencialmente pela atuação do STF, guardião do ordenamento jurídico nacional, como um todo (unitário), ao qual incumbe resolver os conflitos de competência³⁶⁴ - não se deve perder de vista, ainda, que outros órgãos do Poder Judiciário têm competência em matéria de resolução de conflitos tanto de atribuições, como de competências (STJ, TST, etc.).

Os parâmetros de controle de constitucionalidade para casos de conflitos federativos são as regras constitucionais atinentes ao tema. Ensina Zimmermann que as competências da União estão elencadas nos arts. 21, 22, 23, 24, 153 e 154, I, da CF/88. Nos dois primeiros, estão as competências expressamente enumeradas no texto constitucional. No art. 23, as competências comuns com os demais entes federados e no art. 24, as competências concorrentes com os Estados-membros e com o DF. O art. 153 cuida de competências tributárias expressas e o art. 154, I, da competência residual em matéria tributária.³⁶⁵

Os Estados-membros, por sua vez, detêm a chamada competência residual ou remanescente, sendo-lhes autorizado dispor sobre tudo aquilo que não lhes esteja expressamente vedado. A rigor, detêm as competências exclusivas previstas nos §§ 2º e 3º do art. 25 da CF/88, bem como as competências comum e concorrente, arts. 23 e 24 da CF/88.

³⁶³ DE TOCQUEVILLE, 1998, p. 92-93.

³⁶⁴ FERREIRA FILHO, 1999, p. 56.

³⁶⁵ ZIMMERMANN, 2005, p. 332-333.

Entretanto, as matérias previstas nos arts. 20, 21, 22, de competência da União, estão interditas aos Estados-membros, assim como aquelas constantes nos arts. 29 e 30.³⁶⁶

Essa vedação constitucional a que os Estados-membros legislem sobre matéria de competência da União é fundamental. O art. 22, I, da CF/88, é peremptório ao prescrever que é competência privativa da União legislar sobre matéria penal e processual, apenas para ficar naquilo que interessa a esta monografia.

Logo, residem nesse aspecto razões mais do que suficientes para conceber como inconstitucional uma indevida intromissão dos Estados-membros em matéria cuja atribuição para legislar é da União, nos moldes traçados pela CF/88.

Como foi anteriormente demonstrado, seja a licença prévia de natureza processual – e essa é a posição predominante em doutrina e em jurisprudência – seja de natureza penal, em qualquer caso, a competência para legislar sobre o assunto é privativa da União e não pode ser usurpada, sob pena de padecer de inconstitucionalidade qualquer ato normativo que desobedeça a ordem constitucional vigente.

Entre os ramos de direito previstos no art. 22, I, da CF/88, o direito processual é o único que foi de competência legislativa estadual,³⁶⁷ mas diante do fracasso do esfacelamento do direito processual em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito”, segundo Theodoro Júnior,³⁶⁸ competência preservada nas antecessoras mais próximas da CF/88.³⁶⁹

Embora a AGU, em manifestação apresentada na ADI 4805 – Petição n.º 6762 – aqui citada exemplificativamente, defenda a aplicação simétrica nos Estados-membros da regra da licença prévia prevista para processos contra o Presidente da República, sob o argumento de que só não são extensíveis as prerrogativas prisionais porque inerentes à Chefia de Estado, na linha do que teria decidido o STF no julgamento da ADI 978, fato é que não há um enfrentamento coerente do conflito federativo aqui denunciado.

³⁶⁶ ZIMMERMANN, 2005, p. 339-340.

³⁶⁷ BÉO, Cintia Regina. Da organização político-administrativa. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (Org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010, p. 168.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 13.

³⁶⁹ BÉO, 2010, p. 168.

Com efeito, não basta dizer apenas que se pode utilizar da simetria para justificar a licença prévia nos Estados, em razão de uma tal compatibilidade de funções entre os Executivos federal e estadual, porquanto ainda assim remanesceria irresoluto o conflito federativo consubstanciado na indevida disposição em Constituição estadual de norma processual. Aliás, a própria AGU reconhece a inconstitucionalidade formal de outros dispositivos da Constituição estadual de Roraima, questionados na mesma ADI 4805, que dispunham sobre normas processuais e sobre crimes de responsabilidade, ambas de ordem processual e penal e já devidamente decididas pelo STF, inclusive em entendimento sumulado – Súmula 722.

De outro lado, também merecem destaque dois argumentos contidos na manifestação da AL do Maranhão na ADI 4675 – Petição n.º 104/2012. Primeiro, diz a AL, o conteúdo do art. 66 da Constituição estadual maranhense, no que prevê a necessidade de autorização por dois terços dos parlamentares estaduais para que o Governador seja submetido a julgamento perante o STJ, foi estatuído pelo Poder Constituinte originário local no exercício da prerrogativa constitucional de auto-organização consagrada no art. 25, da CF/88, pelo que não padece de qualquer inconstitucionalidade. Com efeito, o próprio requerente (PGR) teria reconhecido na petição inicial da ADI 4675 que disposições oriundas do Poder Constituinte originário não são passíveis de questionamento.³⁷⁰

Entretanto, o que a PGR diz em sua inicial é justamente que as prerrogativas estabelecidas em favor do Presidente da República, porque oriundas do Constituinte originário não são sindicáveis. Só que o Poder Constituinte dos Estados-membros não é originário, como consta em qualquer livro de direito constitucional.

Segundo, outro pretenso sustentáculo para a licença apontado pela AL do MA é a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 159.230, julgamento de 28.03.94, em que se fixou o entendimento de que a transferência do foro dos Governadores para o STJ não implicava a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição estadual de autorização prévia da AL respectiva – no caso se tratava do art. 88 da Constituição estadual da Paraíba.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 104/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar_processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4164553> Acesso em 30 set. 2013.

O destaque do julgamento é para o voto do Ministro Pertence, Relator do caso. Segundo o Ministro, o fato de a CF/88 ter deslocado o foro dos Governadores para o STJ, antes de enfraquecer a licença prévia, reforça sua importância, na medida em que, assim como no plano horizontal há a independência dos poderes, no plano vertical existe a autonomia dos Estados-membros. Ademais, como o recebimento da denúncia impõe a suspensão do exercício da função pelo chefe do executivo, haveria um prejuízo drástico à autonomia do Estado-membro, motivo pelo qual é necessário o juízo prévio de admissibilidade da acusação pela AL.³⁷¹

O argumento utilizado pelo Ministro acerca da suspensão do exercício das funções do Governador assume especial relevância aqui para que se possa tentar demonstrar de que maneira as Constituições estaduais poderiam dispor sobre a matéria e ao mesmo tempo evitar o vício de inconstitucionalidade.

O efeito de suspensão automática do exercício das funções do Governador, após recebida a denúncia pelo STJ, a rigor, é decorrência de entendimento segundo o qual a sistemática processual prevista no art. 86 da CF/88 para o Presidente da República deve ser aplicada simetricamente aos Governadores de Estados e DF. As diretrizes para o processo penal contra o Presidente foram expostas no capítulo segundo, especificamente no tópico 3.1.

No entanto, a linha traçada nesta monografia é oposta a esse entendimento, justamente porque a disposição da matéria processual nas Constituições estaduais viola frontalmente o princípio federativo, como já delineado. Mas é fato que o reconhecimento da invalidade das disposições contidas nas Constituições estaduais poderia gerar um estado de incerteza quanto aos efeitos do recebimento da acusação penal pelo STJ, caso não fosse mais necessária a prévia licença da AL ou da CL.

A sugestão nesse caso é a de que o reconhecimento de inconstitucionalidade dos dispositivos das Constituições estaduais restrinja-se às partes que preveem a necessidade de licença prévia para instauração de processo penal ou quaisquer outras matérias processuais. Isso porque o afastamento do acusado do cargo de Governador parece estar mais intimamente

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 159.230. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ronaldo José da Cunha Lima. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553945>. Acesso em 06 set. 2013.

conectado à organização política do Estado-membro ou do DF, não dizendo respeito à matéria processual.

Um exemplo interessante e que corrobora essa sugestão pode ser colhido na Constituição de Minas Gerais. Ao que parece, o modelo mineiro apresenta uma solução moderada para a questão. O art. 92, § 1º, I, da Constituição estadual mineira dispõe que o Governador ficará suspenso de suas funções caso recebida denúncia ou queixa-crime pelo STJ, mas não prevê a licença prévia como condicionante ao recebimento da acusação. Foi uma opção do Constituinte estadual, portanto, prever a suspensão automática no caso de crimes comuns,³⁷² mas, em tese, nada impediria que tivesse disposto de modo diverso quanto ao afastamento de eventual acusado do cargo de Governador em caso de denúncia ou queixa-crime recebida pelo STJ.

O tema da suspensão do exercício das funções suscitado acima é importante porque a realidade poderia sugerir que os Parlamentos estaduais ou distrital estariam, com toda cautela, ao não dar a autorização para desencadeamento de processo penal (vide tópico 3.3), atentando para os efeitos do que o Ministro Pertence chamou de prejuízo drástico à autonomia do Estado-membro, caso admitida acusação contra o Governador.

Ocorre que se não há autorização, não há processo, e nesse caso foi preciso encontrar alguma solução para que a ausência de licença prévia do parlamento não se constituísse em autêntica carta branca para o cometimento de crimes por parte dos Governadores sem posterior punição. Novamente, foi adotada uma suposta aplicação analógica da sistemática prevista para o Presidente da República, suspendendo o processo e conseqüentemente a prescrição penal, de que são exemplos, entre outras, as ações penais 207, 387, 662, 721, todas citadas no tópico 3.3. Mas ao que tudo indica, tal providência é outra anomalia.

Suspensão de processo é matéria de direito processual, estando por isso mesmo localizadas as principais causas de suspensão nos códigos processuais— arts. 265, CPC, 366, CPP. Prescrição é matéria de direito material, mesmo que “algumas de suas conseqüências influam sobre a ação penal e a condenação”.³⁷³ E assim o é tanto no âmbito penal, como, aliás,

³⁷² BRASIL. **Legislação estadual**: Constituições estaduais. Constituição estadual de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em 22 out. 2013.

³⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, p. 730.

consta no atual CP,³⁷⁴ quanto no civil, no trabalhista, no tributário, no administrativo, e, portanto, deve ser objeto de legislação federal.

No caso em análise, porém, não há fundamento legal para a suspensão nem do processo nem da prescrição no caso dos Governadores. A rigor, há quem sugira, inclusive, a impossibilidade de suspensão da prescrição no que se refere ao próprio Presidente da República, por falta de previsão específica.³⁷⁵ E o próprio STJ já teria entendido que a suspensão dos processos contra Governadores não implicaria a suspensão da prescrição,³⁷⁶ embora atualmente tenha enveredado por outro caminho, como se demonstrou.

Todavia, a suspensão dos processos e da prescrição nas ações penais contra Governadores, da forma como vem sendo determinada pelo STJ, precisa ser analisada pelo ângulo da falta de previsão legal. Ou seja, a medida adotada pelo STJ nas ações penais só seria válida caso fosse possível esclarecer de que forma poderia ser suspensa a prescrição de um delito penal cometido pelo Governador simplesmente pela utilização de uma suposta analogia, com todos os riscos de que esse expediente se reveste num Estado Democrático de Direito, mormente quando a prescrição, para além de um elemento estabilizador das relações sociais, é uma figura jurídica de caráter dúplice, estabelecida em favor do suspeito e em desfavor da inércia injustificável do Estado.

Para tentar demonstrar como a suspensão processual, mas principalmente a suspensão do prazo prescricional nos casos analisados são equivocadas, é preciso advertir, de início, que há comando constitucional a definir os únicos casos de imprescritibilidade no âmbito do direito penal,³⁷⁷ o que está a revelar de forma insuspeita o acerto de que o Estado de Direito tem como um de seus postulados o da segurança jurídica,³⁷⁸ igualmente consagrado na CF/88, não sendo equivocado, portanto, afirmar que “situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude”, como diz Mendes ao abordar a questão do ato jurídico perfeito no direito administrativo.³⁷⁹

Ademais, a prescrição é instituto amparado numa perspectiva de justificação no interesse social, tendo como propósito significativo garantir a estabilidade das relações sociais

³⁷⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 728.

³⁷⁵ BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição Penal**. Bauru/SP: Edipro, 2003, p. 56.

³⁷⁶ BALTAZAR, 2003, p. 56.

³⁷⁷ MELLO, 2011, p. 1073.

³⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 487.

³⁷⁹ MENDES, 2008, p. 487.

e a segurança jurídica e evitar que o “exercício de uma pretensão fique pendente de forma indefinida”.³⁸⁰ Cometido um crime, nasce para o Estado o direito de punir. Mas “esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoles pairando sobre a cabeça do indivíduo”.³⁸¹ O prazo prescricional estabelecido em lei tem, portanto, a função de critério delimitador do direito de punir do Estado.

Em que pese a discussão sobre os fundamentos da prescrição penal, e se ela deveria ou não existir, fato é que ela existe e por determinação constitucional, como já referido. E implementado o prazo, surge para o réu, “o direito subjetivo público de ver o processo, contra si instaurado, definitivamente extinto, prejudicando, inclusive, o exame do mérito”,³⁸² valendo salientar ainda que ela pode ocorrer até mesmo antes da relação processual.³⁸³

Portanto, a rigor, o que tem ocorrido no âmbito das ações penais analisadas, citadas apenas aleatória e exemplificativamente, é que a suspensão da prescrição penal contra o Governador de Estado-membro, nos moldes em que tem sido delineada, não tem amparo legal e tem sido tratada de forma indevida no âmbito de meras decisões judiciais monocráticas, aliás, que interditam direitos fundamentais do próprio acusado.

Entretanto, é igualmente relevante salientar que o curso normal da prescrição agravaria mais ainda exatamente o problema que se pretende superar com o processo penal, deixando aí sim o Governador completamente isento de responsabilidade nos casos em que não fosse processado e o prazo prescricional de eventual delito tivesse decorrido. Mas o problema, como se vem demonstrando, está na inconstitucionalidade da licença prévia, que os Tribunais insistem em manter válida.

A propósito da falta de amparo legal tanto para a licença prévia, por inconstitucional que é, como para a suspensão do processo e do prazo prescricional, vale transcrever uma advertência de Zaffaroni e de Pierangeli, ao tecerem comentários sobre o art. 22, I, da CF/88:

No Brasil, como na maioria dos países latino-americanos, em várias oportunidades foi violada a legalidade, ao se admitir a possibilidade mediante decretos ou decretos-leis do presidente “de fato”. Estas violações à legalidade formal foram amiúde justificadas com a invocação de uma necessidade, que se nos apresenta como muito

³⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org). **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**: Parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 359.

³⁸¹ BITTENCOURT, 2008, v. 1, p. 728.

³⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner apud BALTAZAR, 2003, p. 19.

³⁸³ SCHMIDT, Andrei Zenkner apud BALTAZAR, 2003, p. 19.

duvidosa. O povo é o único “soberano”, a fonte do poder do Estado, e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima dos representantes do povo, não pode haver lei penal, conquanto se torne necessário, na prática, respeitar os decretos-leis penais, seja por sua força, seja porque, se desrespeitados, pode-se criar uma grande confusão e uma grave insegurança entre cidadãos.³⁸⁴

É por esses motivos que o juízo de admissibilidade de acusação formulado pelos parlamentos estaduais deve ser extinto, porque além de inconstitucional, em razão da violação ao princípio federativo, sua subsistência tem gerado conseqüências jurídicas desastrosas no Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.2 O republicanismo na atualidade: A responsabilidade do administrador público e notas sobre o princípio da igualdade

O princípio fundamental da República está estampado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Por ser um Princípio político-ideológico, ocupa o lugar mais estratégico no ordenamento jurídico brasileiro – está previsto no primeiro artigo da Constituição e projeta-se sobre todo o ordenamento vigente:³⁸⁵

Como o Princípio Republicano é o princípio reitor de todo ordenamento jurídico que o adota, dele derivam e devem estar de acordo todos os outros princípios constitucionais ou não, assim como as demais normas jurídicas existentes e válidas.³⁸⁶

Foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, e de lá para cá nunca deixou o ordenamento pátrio - Art. 1º da CF/1891, art. 1º da CF/1934, art 1º da CF/1937, art 1º da CF/1946, art 1º da CF/1967, art 1º da CF/1969.

Todavia, como diz Comparato, “O conceito de república esvaziou-se de todo sentido prático, no mundo contemporâneo”.³⁸⁷São, pois, necessárias algumas palavras para rememorar seu real significado e porque, sob uma verdadeira imersão no sentimento republicano, a licença prévia multicitada é um verdadeiro desaforo a este princípio constitucional. Feliz será o dia em que a CF/88 poderá ser considerada normativa

³⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127. (grifo nosso)

³⁸⁵ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 43, n. 50, jul./dez. 2008, texto digital. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/22266>> Acesso 18 jul. 2012.

³⁸⁶ CRUZ; SCHMITZ, 2008, texto digital.

³⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 616.

(Lowenstein), segundo Bulos, “produzindo resultado concreto no plano da vida”,³⁸⁸ embora não se possa admitir que o descompasso entre CF/88 e realidade social seja completo.

O “bem público é o bem do povo”, *res publica, res populi*, onde o bem público era o bem de todos, em oposição aos bens particulares. A definição é de Cícero, e na república romana era honroso servir ao povo, jamais como objeto de dominação individual ou familiar,³⁸⁹ sendo comuns os bens compartilhados por mais de um sujeito, sob as mesmas condições.³⁹⁰

A essência do regime republicano, portanto, reside exatamente na distinção entre os interesses particulares e o bem comum de todos, sendo que o interesse coletivo deve sobrepor-se ao particular.³⁹¹ Para Comparato, “o povo, como comunidade, é resultado nunca acabado de uma política republicana de combate às desigualdades e preservação de algumas diferenças biológicas e culturais”.³⁹²

Com efeito, por isso mesmo é válida a assertiva de que o princípio republicano está no primeiro artigo da CF/88 a irradiar seus efeitos por todo o programa constitucional. São muitas as tarefas para se realizar uma verdadeira república. Como diz Comparato, o bem comum republicano na política moderna aponta sempre para o futuro. A república preserva bons valores e boas instituições existentes, mas visa aprimorá-las em razão de objetivos tidos como fundamentais e “o espírito republicano é uma exigência permanente de aperfeiçoamento ético da comunidade”.³⁹³ Está aí, entre outros, o art. 3º da CF/88 a corroborar estes objetivos futuros da República Federativa brasileira.

É a partir do princípio republicano que as instituições sociais de um determinado Estado são moldadas, configurando-se basicamente no respeito aos direitos humanos, na extinção de privilégios pessoais ou corporativos, na vedação ao uso e controle particular de bens públicos e na publicidade dos atos oficiais.³⁹⁴

Ademais, “há também ínsita no ideal republicano a ideia igualitária que decorre do próprio caráter democrático do regime. O que há é uma submissão dos governantes e

³⁸⁸ BULOS, 2010, p. 114.

³⁸⁹ COMPARATO, 2006, p. 616.

³⁹⁰ COMPARATO, 2006, p. 619.

³⁹¹ COMPARATO, 2006, p. 617.

³⁹² COMPARATO, 2006, p. 620.

³⁹³ COMPARATO, 2006, p. 621.

³⁹⁴ COMPARATO, 2006, p. 622.

governados às leis”, afirmam Bastos e Martins,³⁹⁵ não se autorizando a ninguém, numa república “exercer o poder em benefício próprio ou de grupos ou corporações às quais pertença, mas para a realização do bem público, que é o bem do povo”, complementa Comparato.³⁹⁶

Entretanto, a despeito do princípio da igualdade, cânone do ideal republicano, novamente acerta Comparato ao denunciar que o que se vê, na atualidade, na generalidade dos Estados sedizentes republicanos “é a indiscriminada concessão de privilégios a certos agentes públicos, chegando-se até à instituição de isenção penal a chefes de Estado ou de governo, sem contar a multiplicação de privilégios judiciais de foro”.³⁹⁷ São essas anomalias que reclamam algumas considerações a respeito do princípio da igualdade.

Alguns exemplos podem ser retirados da própria CF/88. Só em detentores de foro privilegiado no STF são aproximadamente 700 autoridades. No STJ os números são maiores ainda: além dos Governadores, membros de Tribunais de Justiça, membros de Tribunais Regionais, de Tribunais de Contas, membros de Ministério Público atuantes em Tribunais. A lista é extensa. Em relação ao Presidente da República criou-se a sistemática de responsabilidade já exposta anteriormente. Não tardou a que as Constituições estaduais adotassem a mesma providência para os Governadores. Mas, felizmente, quanto às normas estaduais ainda há solução.

O foro privilegiado é um bom exemplo para demonstrar como ainda existe um sentimento anti-republicano tendente a desigualar as pessoas no Estado brasileiro. O cargo ocupado, por si só, é fator de desigualação. E, sob a proteção da licença prévia, o chefe máximo do Executivo estadual consegue subtrair-se à legislação penal, pelo menos temporariamente, por meio de expedientes inconstitucionais. Então o acusado comum e o acusado Governador já não são mais iguais perante a lei penal.

O sentimento igualitário que subjaz ao princípio republicano parece ainda não ser adequadamente compreendido na república brasileira. Um bom exemplo é o citado abaixo:

A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso País, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas

³⁹⁵ BASTOS; MARTINS, 1988, v.1, p. 414.

³⁹⁶ COMPARATO, 2006, p. 635.

³⁹⁷ COMPARATO, 2006, p. 624.

do Brasil não tem sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideações e práticas do poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, o privilégio pessoal e que desconsideram, por isso mesmo, de modo inaceitável, um valor fundamental a própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. [...] **Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República.** Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos que não mais se achem no exercício da função pública cujo exercício lhes assegurava a prerrogativa de foro “*ratione numeris*”.³⁹⁸

Normalmente, qualquer tipo de desigualação, e elas são realmente necessárias, ampara-se na máxima aristotélica de que se devem tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais. O problema, entretanto, como diz Mello, é definir quem são os iguais e quem são os desiguais:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?³⁹⁹

A análise da legitimidade dos fatores de discriminação é necessária e ao mesmo tempo legítima, porque como diz o autor, à medida que o princípio da isonomia tem estatura constitucional, pode-se dizer que toda discriminação deve sofrer um exame sobre o elemento tomado como fator de discriminação, sobre a correlação lógica entre o fator discriminatório e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico e, por fim, se esta correlação é absorvida pelos princípios insculpidos no sistema constitucional vigente.

De modo geral, sugere o autor, que a validade constitucional de uma discriminação dependerá de quatro elementos:

- a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absolutamente um só elemento;
- b) Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

³⁹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797. Autor: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2082833>>. (grifo nosso) Acesso em 06 set. 2013.

³⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11.

- c) Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) Que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.⁴⁰⁰

Como aqui se parte do princípio de que quem comete o crime é a pessoa e não o cargo – uma das razões pelas quais o foro privilegiado é intolerável – dificilmente haveria entre o Governador delinquente e o delinquente comum, desde que plenamente imputáveis, algum tipo de distinção entre eles que pudesse legitimar a licença prévia como condição de procedibilidade.

Veja-se que no que se refere a uma possível distinção de situações, cabem pelo menos duas anotações: um crime funcional do Governador é excessivamente grave e, por evidente, afronta ao programa constitucional estabelecido, porque como amplamente demonstrado, a razão de ser do governo é administrar o bem público e governar para a comunidade; mas o Governador pode cometer um crime de natureza particular, por assim dizer, que atente contra um sujeito passivo específico (homicídio, por exemplo).

No primeiro caso, se houver alguma distinção, necessariamente terá que ser para tornar mais severa a reprimenda em face do agente público. As razões são várias e já foram amplamente expostas. Como detentor do mais importante cargo do Executivo no âmbito estadual, é a ele confiada a missão de chefiar a Administração Pública estadual e levar a cabo as ações estatais tendentes ao cumprimento das políticas públicas já estabelecidas, assim como protagonizar pelos meios disponíveis o próprio processo legislativo. Numa República Constitucional como a brasileira, em que o catálogo de promessas estatais é considerável e ainda incumprido torna-se muito mais séria a indiferença dos governantes quanto aos seus deveres funcionais. No segundo caso, não haverá sequer um elemento que possa diferenciar a situação.

Ora, é por conta justamente das altas funções exercidas pelo Governador de Estado que ele deve se sujeitar de forma irrestrita à legislação penal, e com imediatidade necessária para reprimir a traição inconstitucional dos deveres funcionais.

⁴⁰⁰ MELLO, 2011, p. 41. (grifo nosso)

Por isso, em concreto, sopesados os elementos sugeridos por Mello nos itens B, C e D supra, citados em recuo, tem-se uma seguinte hipótese, na situação compreendida como mais grave: um fator diferencial, o Governador e a alta função que exerce, uma distinção jurídica, a existência de uma condição de procedibilidade para o desencadeamento da ação penal, desde que haja uma correlação lógica entre esses fatores, e por fim, um tratamento jurídico diferenciado que resista ao teste de constitucionalidade com base nos princípios constitucionais. Em concreto, o tratamento diferenciado tem gerado a paralisação das ações penais contra os Governadores. Este é o fenômeno que deve ser examinado.

O problema que os defensores da permanência da licença prévia não percebem é que não há como sustentá-la no Estado Democrático de Direito brasileiro que, como se viu, assume feições de transformação social, com rol de tarefas sociais consideráveis e com uma extensa lista de valores constitucionais metaindividuais que merecem proteção jurídico-penal – uma visão comunitarista do direito penal é defendida, dentre outros, por Streck.⁴⁰¹ Diante dos mandados constitucionais de tutela penal, sejam explícitos ou implícitos,⁴⁰² não se pode permitir, mormente quando o legislador já conformou figuras criminais, que expedientes diversos reduzam ou aniquilem o âmbito de atuação do direito penal, aqui compreendido com um viés de proteção social.

Logo, não procede a manifestação da AGU sobre o caso (ADIs 4674, 4675, 4805, dentre outras). Segundo a AGU não há violação ao princípio republicano porque existe apenas a necessidade de uma licença como condição para instauração do processo penal – argumento semelhante foi apresentado pela AL/RS na ADI 4674, por exemplo, como forma de equilibrar a relação entre os Poderes. Ademais, isso impediria interferências indevidas do Poder Judiciário sobre o Executivo. A questão é saber o que se entende como interferência indevida, já que ao Poder Judiciário é reservada a função jurisdicional e isso está na própria CF/88. E ainda antes dessa relação processual haverá desde sempre a participação do Ministério Público.

Foi demonstrado no capítulo anterior a dificuldade de se obter a licença parlamentar para o processo contra Governador de Estado. Na maioria das vezes, as Assembleias apenas

⁴⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico, texto digital. Disponível em: <<http://www.LênioStreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>> Acesso em 02 out. 2013.

⁴⁰² FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal** – A Constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

silenciam e deixam o tempo passar, até que, finalmente, o acusado deixe o cargo de Governador e a condição de procedibilidade se torne desnecessária – no último tópico do trabalho, sobre a jurisdição constitucional, serão consideradas algumas questões sobre a ausência efetiva de normatividade do art. 105, I, no que atribui ao STJ competência para julgamento de Governador, numa espécie de mudança informal da Constituição.

Chega em boa hora a questão novamente ao STF (ações ajuizadas a partir de 2009), agora em sede de controle concentrado, para que o Tribunal Constitucional, presente a oportunidade histórica, consolide entendimento sobre a matéria consentâneo com o Estado Constitucional brasileiro contemporâneo e obste as práticas arbitrárias dos Parlamentos estaduais ou distrital, representadas pela prerrogativa de autorizar processos penais contra Governador. Pois a “democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem recusa o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, crê ter sempre razão”.⁴⁰³ Com efeito:

A mansidão – como atitude do espírito aberto ao discurso comum, que não pretende impor-se, mas sim convencer e estar disposto a ser convencido – é com certeza a virtude cardeal da democracia crítica. Mas somente o filho de Deus pode ser manso como o cordeiro mudo. Na política, a mansidão, para não parecer imbecilidade, deve ser uma virtude recíproca. Se assim não for, a certa altura, “antes do fim”, é preciso quebrar o silêncio e agir para não tolerar mais.⁴⁰⁴

São pelas razões expostas que se concebe como inconstitucional a licença prévia, já que viola frontalmente o princípio republicano, seja pela supressão, ainda que temporária, da responsabilidade do governante, num retrocesso inexplicável às práticas dos Estados absolutistas, seja pela violação constrangedora também do princípio da igualdade, reservando expressamente um tratamento privilegiado ao detentor do Poder Executivo estadual em detrimento dos demais cidadãos da República.

4.3 A inafastabilidade do Poder Jurisdicional

Outro princípio constitucional que, segundo a OAB e a PGR, é violado pela necessidade da licença prévia sob estudo é o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional. Ademais, segundo consta nas inúmeras petições iniciais das ADIs citadas, haveria também uma violação ao princípio da separação de poderes. No que toca a este último

⁴⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

⁴⁰⁴ ZAGREBELSKY, 2011, 152.

princípio, em que pese já ter sido abordado no capítulo anterior, será recapitulado em parte devido à pertinência temática.

A OAB e a PGR utilizam-se de pelo menos dois argumentos para defesa de suas posições. O primeiro deles, o de que a necessidade da licença impede que o Ministério Público acesse o Poder Judiciário para processar um Governador faltoso. O segundo, o de que é mais sensato deixar ao Poder Judiciário, detentor exclusivo do Poder Jurisdicional, que julgue o acusado, já que o Poder Judiciário está numa situação de isenção e imparcialidade – argumentos já expostos no tópico 3.5.

Em contraposição ao que dizem OAB e PGR, a AGU (Petição n.º 7468/2012 na ADI 4675, exemplificativamente)⁴⁰⁵ diz que não há violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional porque a licença prévia constitui-se em condição de procedibilidade assim como tantas outras. Conforme argumento utilizado pela AGU, é plenamente possível que existam limitações ao direito de ação, como são, por exemplo, as condições de ação processuais. Nesses casos, atendidas as condições, pode-se ingressar em Juízo, ou seja, é o caso da licença prévia, já que uma vez obtida, o Governador pode ser processado. Não há exclusão nem impedimento de acesso ao Judiciário, mas tão somente uma condição de procedibilidade.

Os argumentos para exame, assim, estão postos. Como se vê, a imbricação entre o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional e o da separação de poderes é manifesta no caso em análise, porque aqui, ao contrário de outras muitas circunstâncias processuais, a condição é representada pela vontade unilateral e deliberada de um dos Poderes, a refletir-se na atuação primordial de outro. Em suma: a AL decide se o Poder Jurisdicional, no caso o STJ, cumprirá sua missão constitucional.

O Ministro Marco Aurélio tem posição contrária à possibilidade da licença e as razões de convencimento, segundo ele, são várias:

Consubstancia garantia constitucional o acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, sendo atribuição exclusiva do Ministério Público propor, mediante denúncia, a Ação Penal Pública que se tem como incondicionada. Soma-se

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 7468/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4164553>> Acesso em 30 set. 2013.

a essa premissa a atividade independente dos Poderes - cláusula sensível à Federação.

Não fosse o fato de o chefe do Executivo local contar com bancada na Assembleia - que, assim, dificilmente concede a licença, manietando o Ministério Público e o Judiciário -, a condição de procedibilidade ora examinada resulta em interferência indevida de um Poder em outro e, o que é pior, com entrelaçamento extravagante. A Assembleia do Estado passa a limitar a atuação judicante de órgãos federais - o Ministério Público e o Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰⁶

Como visto um dos pontos abordados pelo Ministro Marco Aurélio é justamente o da garantia de acesso ao Judiciário. Com efeito, o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional ganhou expressamente contorno jurídico-constitucional na CF/1946, art. 141, § 4º, sendo reproduzido nas demais Constituições desde então. No entanto, na CF/1988 sofre alteração de significativo impacto.

Uma Constituição com um planejamento social tão amplo, que investiu o Estado de tarefas as mais variadas em benefício da comunidade, traria consigo necessariamente mecanismos de proteção de interesses não apenas individuais. A referência ao direito ou interesse individual constante nas Constituições anteriores, agora suprimida, opera considerável redefinição no instituto. Segundo Bastos:

Com efeito, desde 1946 o Texto Constitucional vinha conferindo a proteção de acesso garantido ao Poder Judiciário, ao que se denominava direito individual. E a teoria que se levantou em torno da expressão sempre acabou por identificar o direito individual com o direito subjetivo, na forma elaborada pela civilística, isto é, resultava protegida aquela situação em que alguém pudesse demonstrar em que fora lesada uma norma jurídica posta para proteção de um direito pessoal seu. Ora, é bem de ver que a ordem jurídica não consagra tão-somente a existência de interesses pessoais ou individuais, mas também interesses coletivos e ainda os moderníssimos interesses difusos, que merecerão logo a seguir um tratamento especial. Por ora, cumpre deixar evidenciado o alcance da eliminação do Texto Constitucional da expressão individual.⁴⁰⁷

A nova perspectiva, alinhada ao seu tempo, abre, portanto, as portas do Judiciário sempre que presente “a existência em prol de alguém de um direito, ainda que não tenha um caráter individualista, mas se confunda com o interesse coletivo ou difuso, para merecer a tutela jurisdicional”, acrescenta Bastos.⁴⁰⁸

A reformulação do preceito constitucional, suprimindo a referência supracitada, “findou inegavelmente por conferir ao dispositivo em tela uma dimensão muito diferente da

⁴⁰⁶ MELLO, Marco Aurélio. **Não se aceita impunidade de quem deve dar exemplo**. CONJUR, 2009, texto digital. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-dez-13/sociedade-nao-aceita-impunidade-daquela-dar-exemplo>, acesso em 13.08.13, às 9h.

⁴⁰⁷ BASTOS, 1988, v.1, p. 174.

⁴⁰⁸ BASTOS, 1988, v.1, p. 174.

anterior. Sem dúvida o ordenamento jurídico muito ganhou neste alargamento”, completa o autor.⁴⁰⁹

A proteção de direitos metaindividuais, em que se insere, segundo Martins, o direito fundamental ao patrimônio público,⁴¹⁰ no cenário constitucional atual ganha novos contornos e é protagonizada, entre outros, pelo Ministério Público – art. 129, III, da CF/88. Veja-se que cresce de importância para a exata compreensão do mister institucional deste órgão questões já abordadas sobre o conceito de república, sobre o programa constitucional do Estado Democrático de Direito e sobre mecanismos jurídicos de proteção para a preservação dos objetivos da República Democrática brasileira.

E assim como no âmbito civil, também e especialmente no âmbito penal, o patrimônio público recebe especial proteção de numerosas figuras criminais nos mais diversos diplomas legais, sendo de atribuição do Ministério Público representar o Estado-acusador na figura de órgão titular da ação em matéria penal – art. 129, I, CF/88.

Procede, portanto, a afirmativa do Ministro Marco Aurélio, citada acima, de que o Ministério Público detém a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, a fim de acusar penalmente aquele que ameace direitos ou ameace lesá-los, na defesa dos direitos metaindividuais ao patrimônio público.

Com efeito, a ação penal, na definição precisa de Lopes Jr., “é um direito potestativo (ou poder, se preferirem) concedido pelo Estado (ao particular ou a um determinado órgão – Ministério Público) de acudir aos Tribunais para formular a pretensão acusatória”,⁴¹¹ arrematando:

Vedada a autodefesa (estatal ou privada), o direito de ação encontra abrigo na nossa atual Constituição, onde o art. 5º, XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mais específico, o art. 129, I, da Constituição assegura o poder exclusivo do Ministério Público de exercer a ação penal (melhor, a acusação pública). É uma garantia constitucional que assegura o acesso ao Poder Judiciário.⁴¹²

⁴⁰⁹ BASTOS, 1988, v.1, p. 183.

⁴¹⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

⁴¹¹ LOPES Jr., 2013, p. 353.

⁴¹² LOPES Jr., 2013, p. 353-354.

De qualquer forma, o direito de acesso ao Poder Judiciário está subdividido em dois momentos, não se podendo compreendê-lo como absoluto. Num primeiro momento, em sua dimensão constitucional aí sim, é incondicionado, não podendo sofrer qualquer tipo de restrição ou impedimento ao seu exercício. O oferecimento de uma denúncia ou o ajuizamento de uma queixa-crime estão nesse plano, no plano abstrato e incondicionado do direito de ação.⁴¹³

De outro lado, e num segundo momento, revela-se a dimensão infraconstitucional do direito, agora no plano concreto, representada pelas condições da ação, no aspecto processual. A rigor essas condições não são relativas ao direito de ação, mas sim de seu regular exercício. Condicionam o nascimento do processo.⁴¹⁴

De modo geral, a teoria processual não nega a existência de condições para o exercício do direito de ação, muito pelo contrário, desenvolve os institutos teóricos que revestem o fenômeno jurídico, seja no processo civil ou no processo penal.

Todavia, a proposta perfilhada neste trabalho é a de que no plano infraconstitucional, em que são detalhadas as condições do regular exercício da ação, as diretrizes jurídicas impostas só são válidas quando amparadas constitucionalmente, em qualquer caso, sempre que não aniquilem, no plano concreto, a dimensão constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o que, de pronto, sugere indagar: a necessidade de licença prévia do Legislativo para processo contra Governador de Estado por cometimento de crime comum tem amparo Constitucional?

Ora, todas as considerações tecidas até aqui recomendam responder negativamente a essa pergunta, seja pela violação ao princípio federativo, seja ao princípio republicano ou ao princípio da igualdade. Mas também a violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional se revela manifesta, mormente quando contextualizado esse princípio com o princípio da separação de poderes.

É que, inevitavelmente, no caso sob análise, o obstáculo posto a que o Poder Judiciário receba a denúncia (ou queixa crime) contra o Governador é uma interferência do Poder Legislativo estadual, com nítida característica autorizativa. Ou seja, o Legislativo estadual é que diz se o Judiciário pode ou não pode analisar a denúncia (ou queixa-crime) ofertada ou

⁴¹³ LOPES Jr., 2013, p. 363.

⁴¹⁴ LOPES Jr., 2013, p. 363.

ajuizada. As posições defensivas de tal licença invocam exatamente o princípio da separação de poderes. Usa-se, sob a perspectiva desenvolvida neste trabalho, o princípio da separação de poderes (ou sua distorção) exatamente para fulminá-lo.

A afirmativa aqui sustentada de que a separação de poderes é fragilizada com a licença, assenta-se na premissa de que, em nenhum momento, desde os primórdios do princípio, no liberalismo clássico, até o atual Estado Democrático de Direito, foi objetivo permitir que um Poder manietasse a atividade precípua de outro.

Mesmo nas concepções mais modernas, sob os influxos do Estado de índole Social, em que se impõe aos Poderes um comprometimento direcionado ao efetivo implemento da agenda constitucional, sempre esteve presente a necessidade de preservação das prerrogativas e competências de cada um dos Poderes.

Relembre-se, com Pansieri, Streck e Moraes, Fioravanti, Möller, citados ao longo desta monografia, que a separação de poderes, modernamente, ou a adequada distribuição constitucional de atividades preponderantes entre os Poderes (ou órgãos) estatais, visa ao implemento do programa constitucional, e lhe é subjacente a ideia de desconcentração do poder político, sendo necessário que os Poderes respeitem as regras constitucionais e que não intentem investir-se nas funções precípua de outro ou invadi-las indevidamente.

Com efeito, tomado o patrimônio público na ampla acepção aqui exposta, além de considerá-lo um direito fundamental (art. 5º, LXXIII, CF/88), na linha defendida por Martins,⁴¹⁵ calha advertir com Kriele:

Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja ordem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado Constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais na Constituição.⁴¹⁶

⁴¹⁵ MARTINS, 2010, p. 51.

⁴¹⁶ KRIELE, Martin apud MENDES, 2008, p. 492. (grifo nosso)

Todas essas são razões mais do que suficientes para reconhecer a impossibilidade de obstar, por meio de licença prévia do respectivo Parlamento, o recebimento pelo STJ de denúncia ou de queixa-crime contra Governador e o adequado prosseguimento do processo. Até porque, em essência, já se viu que a autorização em regra não vem, por razões políticas peculiares do sistema presidencialista brasileiro.

No segundo capítulo deste trabalho, a relação entre Poder Executivo e Poder Legislativo foi abordada não para impor um argumento metajurídico como solução para o problema aqui proposto, mas sim para evidenciar como circunstâncias eminentemente políticas podem servir de obstáculo, por vezes insuperável, à aplicação de preceitos constitucionais. Um exemplo? O art. 105, I, CF/88, no que atribui competência ao STJ para julgar Governador por cometimento de crime comum é praticamente letra morta. Pois sem licença, não há julgamento. E quando o acusado deixa o cargo de Governador, já não é mais o STJ competente para cuidar do caso - essa questão será analisada no último tópico.

No fundo, infelizmente, várias teses jurídicas levantadas e muitas vezes agasalhadas no âmbito dos Tribunais vão na contramão do Estado Democrático de Direito brasileiro e tentam manipular os textos jurídicos de modo a fragilizar a responsabilidade dos agentes do Poder – veja-se para tanto a Súmula 394 do STF que só foi cancelada em 1997, acabando com o foro privilegiado para ex-detentores de determinados cargos públicos (Inq 687-QO).⁴¹⁷

Posteriormente o Congresso Nacional incorporaria na Lei n.º 10.628/02 a redação da famigerada Súmula, estendendo a prerrogativa de foro até para as ações de improbidade, em total descompasso com a CF/88 – A lei foi declarada inconstitucional na ADI 2797.⁴¹⁸

Na Reclamação (Rcl) 2138, julgada pelo Plenário do STF, saiu vitoriosa a posição segundo a qual agentes políticos não praticariam atos de improbidade, sob pena de dupla

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito n.º 687. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jabes Rebelo Pinto. Ministro Relator: Sydney Sanches. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+687%2E+NUME%2E%29+OU+%28Inq%2E+ACMS%2E+ADJ2+687%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkrf2xx>>. Acesso em 16 out. 2013.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Interessado(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007220&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 out. 2013.

punição. Os agentes políticos estariam sujeitos tão somente ao regime dos crimes de responsabilidade.⁴¹⁹

Discussões desse jaez implicaram em retardos intoleráveis em muitos processos judiciais. A então Governadora do RS, Yeda Crusius, por exemplo, depois de ter sido acionada na Justiça Federal de Santa Maria/RS em 2009,⁴²⁰ por ato de improbidade (o notório caso da Operação Rodin), conseguiu postergar a resolução da questão até recentemente, quando em setembro de 2013, ao julgar Embargos de Declaração admitidos como Agravo Regimental no Recurso Especial (REsp) n.º 1216168, o STJ rechaçou a aplicação do entendimento sufragado na Rcl 2138 pelo STF.⁴²¹ Pela decisão a ex-governadora voltará ao polo passivo da ação – em 11.10.13 Yeda Crusius protocolou Embargos de Declaração dessa decisão (Petição n.º 360659/2013). A questão da dicotomia ato de improbidade/crime de responsabilidade, todavia, ainda é objeto de RE com repercussão geral já reconhecida, em que figura como réu em ação de improbidade um prefeito.⁴²²

De todo modo, o STF parece ter sinalizado na Questão de Ordem (QO) levantada na Petição (Pet) 3923 a possibilidade de aplicação dos dois institutos aos agentes políticos.⁴²³ Outro ponto polêmico é o da prerrogativa de foro para atos de improbidade. Mesmo com a já citada declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/02, em QO na Pet. 3211 o STF declarou que seria competente para julgar ação de improbidade em que fosse réu Ministro do

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 2138. Reclamante: União. Reclamado(s): Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Subseção Federal do Distrito Federal. Ministro Relator: Nelson Jobim. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089754&Base=baseAcordaos>> Acesso em 16 out. 2013.

⁴²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação civil pública n.º 2009.71.020026932. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s) José Otávio Germano e outros. Disponível em: <[http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200971020026932&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada="](http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200971020026932&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=)>. Acesso em 16 out. 2013.

⁴²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios admitidos como Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1216168. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido(s) Yeda Rorato Crusius e outros. Ministro Relator: Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=201001893049&data=4/10/2013>. Acesso em 16 out. 2013.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 683235. Recorrente: Domiciano Bezerra Soares. Recorrido: Ministério Público Federal. Ministro Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000687&Base=baseRepercussao>> Acesso em 16 out. 2013.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição n.º 3923. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido(s): Paulo Salim Maluf e outros. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000001110&base=baseQuestoes>> Acesso em 16 out. 2013.

próprio Tribunal.⁴²⁴ Não tardou a que o STJ adotasse entendimento supostamente extraível da decisão do Supremo, e começasse a garantir foro privilegiado também em ações de improbidade, quando elas pudessem levar a perda do cargo público e à suspensão dos direitos políticos – vide, por exemplo, REsp 1282046/RJ.⁴²⁵ Felizmente, a tese foi derrubada em 16.09.13, pela Corte Especial do STJ, no julgamento da Rcl 12514/MT.⁴²⁶

Percebe-se pelos exemplos jurisprudenciais citados uma resistência à responsabilidade dos agentes públicos de certa estatura política, mas vale advertir, e Martins o faz com precisão, que o combate à improbidade é um “instrumento de tutela dos direitos fundamentais e de legitimação do Estado Democrático de Direito”,⁴²⁷ para concluir que:

Se a corrupção e a improbidade existem; se também são repugnáveis do ponto de vista do direito; se há normas (princípios e regras) de ordem maior (Constituição) e ordem menor (leis) que a sancionam; não se afigura correta a inação ou a superposição de barreiras para impedir as ferramentas magnânimas dos direitos fundamentais a serviço da realidade. É ponto que merece meditação: ‘Quando o nosso direito dá as costas à realidade, a realidade se vinga e dá as costas ao direito’.⁴²⁸

Portanto, a licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra Governador de Estado, a pretexto de preservar a separação de poderes, na verdade, fragiliza o princípio e afasta, quando negada – a prática tem demonstrado que não há resposta ou é negada a autorização -, a possibilidade de o Poder Jurisdicional cumprir sua missão precípua, a de julgar as ações penais, além de tornar inefetivo o ajuizamento da ação penal por parte do Ministério Público.

Por tais razões, é que se sustenta a íntima relação entre o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional e o princípio da separação de poderes. O que precisa ser

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 3211. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido(s): Gilmar Ferreira Mendes e outros. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088388&base=baseAcordaos>> Acesso em 16 out. 2013.

⁴²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1282046. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido(s) Altair Paulino de Oliveira Campos e outros. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=20478747&num_registro=201102243447&data=20120227&tipo=5&formato=PDF> . Acesso em 16 out. 2013.

⁴²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 12514. Reclamante: Humberto Mello Bosaipo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ministro Relator: Ari Pargendler. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=30561483&num_registro=201301346630&data=20130926&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 16 out. 2013.

⁴²⁷ MARTINS, 2010, p. 232.

⁴²⁸ MARTINS, 2010, p. 233.

definitivamente expungido do ordenamento jurídico são os mecanismos arbitrários de burla à legislação penal:

A ocorrência dessas situações de inefetividade da ação estatal na persecução e/ou punição dos crimes contra o Estado e contra o patrimônio público, por serem eles realizados geralmente por agentes públicos detentores do poder, tem gerado uma situação de descrença total da população em relação ao sistema penal no País. Isso leva a um esfacelamento do sentimento de pertencimento dos indivíduos à sociedade organizada e, evolutivamente, a uma perda da identidade dos cidadãos em relação ao Estado.⁴²⁹

A rigor, o prestígio do mecanismo da separação de poderes deve ser afirmado e reafirmado, não só, como diz Britto, por levar à especialização das funções, à desconcentração da autoridade e à colaboração interorgânica, mas também e principalmente por ser “a primeira e mais efetiva garantia de respeito aos direitos imprescritíveis, inalienáveis e impostergáveis da pessoa humana”, sendo que sem esse mecanismo o “Estado jamais teria força de vontade para controlar a vontade da força”, no comentário do autor.⁴³⁰

4.4 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade também foi aventado pela OAB e pela PGR para justificar a inconstitucionalidade da licença prévia como condição de procedibilidade. Mas é preciso ir além do que dito nas petições iniciais das requerentes e compreender as razões de incidência do princípio na questão.

Já foi demonstrada a importância de uma atuação estatal enérgica para punir os crimes que desafiam os objetivos republicanos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse contexto, há uma relação indissociável entre o estabelecimento de mecanismos satisfatórios de punição e a adequada obtenção de recursos e implementação das ações públicas promovedoras de direitos, propostas na CF/88. É preciso punir quem frustra levemente os objetivos da República brasileira e o direito penal pode ser usado com esse viés, “já que um

⁴²⁹ COPETTI, André. Vinculação de receitas e direito penal. Perspectivas de instrumentalização para a concretização dos direitos não-individuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; _____. (Org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 46.

⁴³⁰ BRITTO, 2011, v.4. p. 49.

dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos”, afirma Sarlet.⁴³¹

Cite-se uma situação concreta para contextualização. A operação policial Dominó desmantelou um esquema criminoso montado nos bastidores da AL de Rondônia. A denúncia foi feita pelo então Governador do Estado que era chantageado pelos parlamentares, que exigiam elevadas somas em dinheiro para votar de acordo com os projetos do Governo. Dos 24 parlamentares da Casa, 23 estavam envolvidos em delitos conexos.⁴³² Nesse caso, o esquema veio à tona por conta de fitas gravadas pelo próprio Governador.

Agora, num exercício de mera abstração, ponha-se o Governador ao lado dos Parlamentares. Denúncia do MPF contra o Governador. Será que haveria autorização da AL? A provocação serve apenas para subsidiar uma pergunta: pode o Estado ficar refém da arbitrariedade política dos parlamentares estaduais em casos de crimes cometidos pelo Governador de Estado? A se vingar tal posição, não haveria, por parte do Estado, a insuficiência na proteção dos bens públicos, do patrimônio público? Recorde-se um caso concreto e recente em que não houve autorização da AL para instauração do processo: A Apn 662, em que um dos réus é o Governador do Mato Grosso, acusado, entre outros crimes, de peculato, formação de quadrilha, fraude a licitações, ordenação de despesas não autorizadas, lavagem de dinheiro.

Dispensadas eventuais distinções entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade,⁴³³ até porque, tirante o aspecto da origem de cada um, o princípio da proporcionalidade desenvolvido inicialmente no interior do direito administrativo francês e agasalhado pelo direito administrativo alemão, onde, posteriormente transplantado para o direito constitucional, ganhou os contornos atuais,⁴³⁴ e o princípio da razoabilidade, forjado no interior da cláusula do devido processo legal do direito americano, num primeiro momento ligado a aspectos processuais especialmente na área penal, para depois se expandir na famosa

⁴³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. São Paulo, IBCCRIM, 2003, p. 23. Disponível em <www.georgemlima.xpg.com.br/sarlet.rtf> Acesso em 06 out. 2013.

⁴³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n.º 460. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): J. C. de O e outros. Ministra Relatora: Eliana Calmon. Brasília. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600414504&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 22 out. 2013.

⁴³³ BARROSO, 2013. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 46-47.

cláusula do devido processo legal substantivo,⁴³⁵ ambos têm em comum o fato de servirem como mecanismo de “rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.⁴³⁶ Mas como dito, os contornos atuais do princípio foram estabelecidas no direito tedesco, sobretudo jurisprudencialmente, surgindo aí os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito,⁴³⁷ a serem melhor abordados adiante.

No Brasil, como em outros países em que o princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente consignado no ordenamento jurídico, discute-se sobre seu fundamento. Entretanto, o fato é que ele está vinculado à proteção dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo ligado ao Estado de Direito, sendo certo até mesmo compreender como complementares tais posições, ao invés de configurarem uma dualidade.⁴³⁸

A despeito de sua ausência expressa na CF/88, o princípio da proporcionalidade exsurge como norma esparsa no texto constitucional. A noção do princípio pode ser inferida de outros princípios constitucionais, entre os quais, primeiramente, o da igualdade, “sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”,⁴³⁹ diz Bonavides. Após elencar uma série de dispositivos constitucionais que sugerem o princípio da proporcionalidade, conclui o constitucionalista:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.⁴⁴⁰

Para se ter uma ideia de sua constante evocação nos tribunais pátrios, em 09.10.13, consultado o sítio do STF com o termo “princípio da proporcionalidade” foram obtidos 274

⁴³⁵ BARROS, 2003, p. 63-64.

⁴³⁶ BARROSO, 2013, p. 270.

⁴³⁷ BARROSO, 2013, p. 278.

⁴³⁸ BARROS, 2003, p. 97.

⁴³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 434.

⁴⁴⁰ BONAVIDES, 2006, p. 436.

resultados/acórdãos.⁴⁴¹ No STJ foram incríveis 1394 resultados/acórdãos com o mesmo critério de pesquisa.⁴⁴²

São subprincípios do princípio da proporcionalidade, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. A atuação estatal ocorre sempre em virtude de situações fáticas. Existem circunstâncias que levam à atuação estatal. Assim, a adequação é o elo legitimamente estabelecido entre os fins propostos pela atuação estatal, a partir de determinados motivos, e os meios empregados para se alcançar tal desiderato, ou seja, “a idoneidade da medida para produzir o resultado visado”,⁴⁴³ segundo Barroso.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, é a projeção da análise sobre o meio empregado pelo Estado para atingir um resultado e que se revele menos restritivo aos direitos fundamentais dos cidadãos. É dizer, entre as alternativas possíveis, o Estado deve optar por aquela que restrinja o mínimo possível as liberdades públicas. Por esse enfoque, se “impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados”.⁴⁴⁴ A medida não pode jamais exceder os limites indispensáveis ao alcance da finalidade pretendida.⁴⁴⁵ Esse subprincípio, segundo Philippe, pode ser representado pela máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. Aqui não há exame sobre a escolha estatal, mas sim sobre o meio empregado.⁴⁴⁶

Pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é feito um exame sobre os benefícios trazidos pela medida e o mal causado aos cidadãos. É uma espécie de sopesamento, de modo que estará violado o subprincípio sempre que os prejuízos causados superarem os benefícios alcançados. Segundo Barroso, o ato administrativo ou legislativo é passível de ser invalidado, nesse caso, sempre que “o que se perde com a medida é de maior relevo do que

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22princ%EDpio+da+proporcionalidade%22%29&base=baseAcordaos&url=HTTP://tinyurl.com/d6bzb4u>>. Acesso em 09 out. 2013.

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22princ%EDpio+da+proporcionalidade%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 09 out. 2013.

⁴⁴³ BARROSO, 2013, p. 282.

⁴⁴⁴ BARROSO, 2013, p. 282.

⁴⁴⁵ BONAVIDES, 2006, p. 397.

⁴⁴⁶ PHILIPPE, Xavier apud BONAVIDES, 2006, p. 397.

aquilo que se ganha”.⁴⁴⁷ Trata-se de uma questão de medida e desmedida para comparar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.⁴⁴⁸

No fundo, o princípio da proporcionalidade, incontestável sua importância no constitucionalismo moderno, e no brasileiro, em especial, nem por isso é imune a algumas críticas, sobretudo por conta das características que envolvem o exame de cada um de seus subprincípios, no mais das vezes, por uma carga de subjetivismo. Bem por isso, “mais fácil de ser sentido do que conceituado”, diz Barroso, “o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastante subjetiva”.⁴⁴⁹

Embora alguns tenham certa desconfiança em relação ao uso do princípio, como meio de ampliar os poderes do juiz, por vezes dificultando a delimitação das fronteiras entre legislador e juiz e alterando o equilíbrio entre os poderes,⁴⁵⁰ fato é que o princípio da proporcionalidade, no Brasil, está positivado, “é axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito” fazendo-se mister proclamar sua força cogente”, conclui Bonavides.⁴⁵¹

Se é certo, entretanto, que a dimensão constitucional do princípio da proporcionalidade exposta já está solidificada no constitucionalismo brasileiro, há uma outra vertente do princípio a ser abordada, cujas reflexões projetam-se necessariamente sobre o tema da monografia, que o princípio da proporcionalidade pela proibição de proteção deficiente.

A chamada proibição de proteção deficiente, termo mais comum no Brasil, ou proibição por defeito (Canotilho), impõe um dever de proteção dos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado deve adotar medidas suficientes, de natureza legislativa ou material, e constitucionalmente adequadas à proteção dos direitos fundamentais. O exame de proporcionalidade, nesse aspecto, deverá atender “à natureza das posições jurídicas ameaçadas e a intensidade do perigo de lesão aos direitos fundamentais”, ensina Canotilho.⁴⁵²

No Brasil, esse outro lado do princípio da proporcionalidade é defendido, dentre outros, por Streck, Sarlet, Feldens e Mendes. Trata-se de reconhecer também uma espécie de

⁴⁴⁷ BARROSO, 2013, p. 283.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, 2002, p. 270.

⁴⁴⁹ BARROSO, 2013, p. 281.

⁴⁵⁰ BONAVIDES, 2006, p. 433.

⁴⁵¹ BONAVIDES, 2006, p. 436.

⁴⁵² CANOTILHO, 2002, p. 273.

garantismo positivo, segundo o qual “a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental”.⁴⁵³ Nas palavras de Sarlet:

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.⁴⁵⁴

Tem-se, assim, uma dupla concepção do princípio da proporcionalidade, representada tanto pela proteção contra os excessos (garantismo negativo), quanto pela proteção deficiente (garantismo positivo), de modo que a inconstitucionalidade pode decorrer de qualquer das garantias:⁴⁵⁵

Assim, por exemplo, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Esta (nova) forma de entender a proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.⁴⁵⁶

A rigor, portanto, tanto as normas programáticas quanto as definidoras de direitos sociais, consagradas constitucionalmente, “servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social”, podendo “balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo”.⁴⁵⁷

Essa perspectiva do princípio da proporcionalidade traz ínsita a necessidade de uma “*filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade”, segundo Sarlet.⁴⁵⁸

A proteção jurídica conferida pelo Estado, nesse passo, sob o enfoque da atuação do direito penal (direito material e processual) ocorre em obediência aos chamados imperativos

⁴⁵³ STRECK, 2013, p. 653.

⁴⁵⁴ SARLET, 2003, p. 03.

⁴⁵⁵ STRECK, 2013, p. 653.

⁴⁵⁶ STRECK, 2013, p. 653.

⁴⁵⁷ SARLET, 2003, p. 19.

⁴⁵⁸ SARLET, 2003, p. 21. (grifo do autor)

ou mandados de tutela, sejam implícitos ou explícitos, configuradores da intervenção penal necessária, reconhecendo-se aí a proibição de infraproteção como um limite inferior da liberdade de conformação do legislador, pelo qual é estabelecido um grau suficientemente adequado de proteção.⁴⁵⁹

Embora se possa reconhecer, com Sarlet, a divergência quanto a uma adequada correspondência entre os componentes do princípio da proporcionalidade nas suas duas facetas (proibição de excesso e de proteção deficiente), isso, por si, não é elemento que o afaste de ser utilizado.

Ademais, é precisamente no âmbito do subprincípio da necessidade que o princípio da proporcionalidade pela proibição de proteção deficiente (garantismo positivo) projeta-se com maior rigor na análise das normas protetivas, até porque, em se tratando de esfera jurídico-penal, a necessidade assume ainda maior relevância,⁴⁶⁰ sendo que a necessidade é, por assim dizer, um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência.⁴⁶¹

Há, portanto, entreposto ao dever de proteção e a proibição de excesso, um âmbito de discricionariedade legislativa, ou o espaço de conformação por que o Legislador pode se movimentar, sendo certo que o ato legislativo, em qualquer caso, é sindicável pela via do controle de constitucionalidade.⁴⁶²

Ou seja, o contexto dos limites de atuação do Estado, entre a proibição de excesso e a vedação à proteção deficiente, proporciona uma adequada leitura crítica da licença prévia como condição de procedibilidade, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, mais especificamente, neste caso, pela vertente da proteção deficiente, ou seja, pela redução da proteção a um nível abaixo do chamado limite mínimo de proteção.

Quer dizer, a previsão da licença prévia, por permitir, pela ausência de autorização, que o nível de proteção de direitos fundamentais desça abaixo daquele mínimo de intervenção necessário – o limite inferior de conformação legislativa – viola frontalmente o texto constitucional brasileiro.

⁴⁵⁹ FELDENS, 2012., p. 167.

⁴⁶⁰ SARLET, 2003, p. 27.

⁴⁶¹ SARLET, 2003, p. 29.

⁴⁶² FELDENS, 2012, p. 167.

No entanto, atento a crítica tecida por Streck, de que o princípio da proporcionalidade deve ser usado com cuidado, a fim de evitar arbitrariedades/discricionariedades interpretativas, em desprestígio à integridade do direito e aos próprios limites semânticos do texto,⁴⁶³ é preciso tentar demonstrar em que medida se propõe a inconstitucionalidade da licença prévia pela manifesta proteção deficiente.

Parte-se da premissa de que, sob as bases republicanas engendradas na CF/88, é necessário que o administrador público esteja sujeito a um rigoroso regime de responsabilidade pelos seus atos, mormente quando o Estado brasileiro assume uma lista considerável de funções promocionais de direitos.

Há de se ter presente, como também já foi dito, que a violação ao dever funcional por parte do Governador de Estado-membro representa, essencialmente, um claríssimo despropósito com sua missão constitucional. E é tanto mais grave esse tipo de violação funcional na medida em que milhares de pessoas aguardam pela satisfação estatal de inúmeras expectativas sociais geradas pela CF/88.

Mas na medida em que a posição funcional do agente público, no caso o Governador, oferece-lhe um instrumento (de natureza totalmente política, mas travestido de norma jurídica) para impedir, ainda que temporariamente (embora nas situações mais agudas, por um longo tempo) a sujeição ao regime de responsabilidade propriamente republicano, então aí reside uma proteção deficiente do patrimônio público, aqui entendido como direito fundamental, na linha já exposta, gerando, por outro lado efeitos deletérios como aqueles apontados por Copetti.

A rigor, embora haja legislação considerável a reprimir a conduta malévola de agentes públicos, o que a licença sob estudo faz é impor, contra todos os princípios já invocados, um expediente que gera, para usar as palavras de Feldens, “uma situação de manifesta infraproteção”,⁴⁶⁴ na medida em que se interpõe como obstáculo à persecução penal do acusado que detenha o cargo de Governador do Estado, fundamentando-se, exclusivamente nesse elemento funcional do agente público. O aporte teórico do autor ajudará a corroborar essa afirmativa:

⁴⁶³ STRECK, 2013, p. 652-654.

⁴⁶⁴ FELDENS, 2012, p. 167.

Em consequência, no âmbito da jurisdição constitucional, a adoção da proibição de proteção deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de normas que, por retirarem a proteção legal anteriormente conferida a um determinado direito fundamental, introduzam, nesse determinado ordenamento ‘posto’, uma situação de manifesta infraproteção. Infraproteção essa que poderá ser diagnosticada a partir de uma análise conglobada entre a faticidade e a normatividade. Na primeira hipótese, em face de dados empíricos não controvertidos, assim aquilatáveis a partir de um certo consenso intersubjetivo. No segundo caso, pela comparação de sanções utilizadas pelo mesmo legislador pra obter fins de proteção análogos (...)⁴⁶⁵

No âmbito jurisprudencial, a aplicação do princípio com essa vertente ainda não é tão intensa. Comparativamente, utilizando-se o critério de pesquisa “proibição de proteção deficiente” no sítio do STF, obtiveram-se apenas 6 resultados/acórdãos.⁴⁶⁶ No STJ, com o mesmo critério, apenas um resultado. E outro resultado com o critério de “proibição de proteção insuficiente”.⁴⁶⁷ Entretanto, alguns julgados do STF são emblemáticos por trazerem a abordagem do princípio, principalmente nas intervenções dos Ministros Gilmar Mendes (RE 418.376,⁴⁶⁸ ADI 3112,⁴⁶⁹ ADI 3510,⁴⁷⁰ HC 104.410,⁴⁷¹ HC 102.087)⁴⁷² e Celso de Mello (ADI 3510).

Por fim, considerando sempre a advertência de que a necessidade de tutela de um direito fundamental não necessariamente implica a incidência de uma norma penal e que não cabe ao juiz fazer opção política, intervindo na função do legislador, mas tão somente afastar

⁴⁶⁵ FELDENS, 2012, p. 167. (grifo nosso)

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%22proibi%27%20de+prote%27%20deficiente%22%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c73offr>>. Acesso em 09 out. 2013.

⁴⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 09 out. 2013.

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 418376. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205553>> Acesso em 22 out. 2013.

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3112. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro e outros; Interessado(s): Congresso Nacional e outros. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>> Acesso em 22 out. 2013.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Requerente: Procuradoria-Geral da República; Interessado(s): Congresso Nacional e outros. Relator: Ayres Britto. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>> Acesso em 22 out. 2013.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 104410. Paciente: Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial 984616. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903548>> Acesso em 22 out. 2013.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 102087. Paciente: Renato de Sales Pereira; Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3815995>> Acesso em 22 out. 2013.

a opção legislativa incompatível com a Constituição,⁴⁷³ parece haver elementos suficientes para reconhecer a inconstitucionalidade da licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal em face de Governador de Estado-membro.

4.5 A jurisdição constitucional efetiva como solução para o problema da licença prévia: o STF e o julgamento do HC 102732. O STJ e o controle difuso de constitucionalidade. Mutação inconstitucional e a “carência de normatividade” do art. 105, I, CF/88

Antes de qualquer coisa,   de se iniciar com a afirmativa de que, no Brasil, há um sistema misto de controle de constitucionalidade, que incorpora, a um só tempo, tanto o modelo americano de controle difuso, quanto o modelo europeu de controle concentrado (Grinover, Sanches, entre outros autores).⁴⁷⁴ Este, exercido essencial e exclusivamente pelo STF quando o parâmetro de constitucionalidade   a CF/88. H  ainda a prerrogativa dos Tribunais de Justiça para exercerem o controle concentrado em face das Constitui es estaduais.⁴⁷⁵ O controle difuso   exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Como dito ainda no primeiro capítulo, o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial traz consigo mudanças significativas, dentre as quais a força normativa da Constitui o e a expansão da jurisdi o constitucional. Com efeito, “o estágio atual do constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado, entre outras características, por significativa evolu o político-jurídica da jurisdi o constitucional”,⁴⁷⁶ sendo a Constitui o o parâmetro de controle de constitucionalidade de todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, em razão da superioridade hierárquica destas normas constitucionais, fen meno para o qual tem se utilizado da expressão supremacia constitucional ou supremacia da Constitui o.⁴⁷⁷

⁴⁷³ FELDENS, 2012, p. 170.

⁴⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade; SANCHES, Sydney. Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. In: CL VE, Cl merson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Defesa da Constitui o**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

⁴⁷⁵ SANCHES, 2011, p. 516.

⁴⁷⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. In: CL VE, Cl merson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Defesa da Constitui o**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5. p. 494.

⁴⁷⁷ FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da Constitui o e controle da constitucionalidade das leis. In: CL VE, Cl merson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Defesa da Constitui o**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5. p. 467.

Tamanha é a importância do texto constitucional, que Streck chama atenção para o fato de que “não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de ato normativo”.⁴⁷⁸ Por essa razão, em especial, é que o último tópico do trabalho, a despeito das inúmeras considerações sobre a inconstitucionalidade da licença prévia como condição de procedibilidade, neste momento deixa de cuidar dos aspectos materiais do tema, para lançar algumas observações sobre os órgãos incumbidos da tarefa de exercer o controle de constitucionalidade no caso.

Assim, as observações em relação ao STF ater-se-ão a uma rápida análise do julgamento do HC 102.732, em que foi objeto a multicitada licença prévia, como condição nas circunstâncias fáticas do caso concreto, para prisão do então Governador do DF, José Roberto Arruda.

No que se refere ao STJ, aí sim, o problema está em saber se o Tribunal tem o dever/poder de analisar a constitucionalidade da licença prévia. Tal discussão ganha relevo na medida em que, como exposto em outro momento, na própria denúncia oferecida pelo Ministério Público na Apn 624 foi requerido que o STJ exercesse o controle difuso e declarasse a inconstitucionalidade da necessidade de licença prévia da CL/DF para processar o Governador. Mas o STJ não o fez. Importa ter como premissa que o “controle difuso de constitucionalidade pode representar um importante instrumento de filtragem constitucional”⁴⁷⁹ e é sobre essa premissa que se desenvolverá a análise.

No que se refere ao julgamento proferido em 04.03.2010, HC 102.732,⁴⁸⁰ o Plenário do STF reconheceu a desnecessidade de licença prévia da CL/DF para que o STJ determinasse a prisão preventiva do então Governador José Roberto Arruda. Vale destacar ainda que três ministros que participaram do julgamento (Cezar Peluso, Ayres Birtto, e Ellen Gracie) já deixaram o Tribunal. O ministro Eros Grau não participou do julgamento. No que se refere ao enfoque do tema desta monografia, ficou assim ementada a decisão:

(...)
PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - INQUÉRITO - LICENÇA DA CASA LEGISLATIVA - PROCESSO. A regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não

⁴⁷⁸ STRECK, 2013, p. 526.

⁴⁷⁹ STRECK, 2013, p. 529.

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 102.732. Paciente: José Roberto Arruda. Impetrante: José Gerardo Grossi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em 16 out. 2013.

se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito.

(...)

PRISÃO PREVENTIVA - GOVERNADOR - ARTIGO 51, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICAÇÃO ANALÓGICA - INADEQUAÇÃO. A interpretação teleológica e sistemática do artigo 51, inciso I, da Carta da República revela inadequada a observância quando envolvido Governador do Estado.

Embora alguns dos julgadores tenham adentrado especificamente na matéria deste trabalho, como foi o caso dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, manifestamente contrários à licença prévia como condição de procedibilidade para processo contra Governador, a questão recebeu apenas alguns comentários periféricos.

De modo geral, o determinante para a manutenção da prisão do então Governador naquele momento, sem a necessidade de prévia licença, embasava-se no fato de que a prisão ocorreu em fase pré-processual, ainda em sede investigativa, não incidindo na hipótese a regra da condição de procedibilidade. Essa a posição mais constatável nos votos de Ayres Britto e Cezar Peluso.

Outro ponto determinante foi o fato de o próprio STF ter declarado inconstitucional a extensão das prerrogativas prisionais do Presidente da República aos Governadores – ADI 1020 exaustivamente citada pelos Ministros. Logo, inexistindo o empecilho constitucional à prisão antes de sentença condenatória, entendeu-se que era perfeitamente plausível a medida constritiva de liberdade adotada pelo STJ, a pedido da PGR.

O Ministro Dias Toffoli, isolado na divergência, foi quem defendeu a prerrogativa dos parlamentares distritais para autorizar a prisão preventiva. Ele também é o Relator da ADI 4362, em que são questionados os dispositivos correlatos da LO/DF. Em suma, o argumento é o de que se a autorização é necessária para instauração da ação penal também o é para determinar uma prisão. Além do mais, diz ele, a prisão implica no afastamento do Governador de suas funções, daí porque a necessidade de análise prévia do Parlamento. De modo geral, referiu-se a julgados do STF em que a licença prévia foi admitida como constitucional.

O Ministro Joaquim Barbosa foi o único a reconhecer expressamente, de forma incidental, a inconstitucionalidade da licença prévia para processo contra Governador do DF. Em que pese não fosse exatamente o objeto do HC, com a declaração de inconstitucionalidade ficava igualmente prejudicada a QO sobre a necessidade ou não de licença para a prisão do Governador. Segundo o Ministro, é impossível estender a prerrogativa presidencial aos

Governadores, porque o Presidente da República, na condição de chefe de Estado, detém cargo único na República, cuja relevância é incomparável à dos chefes dos Executivos estaduais. Ademais, segundo ele, o princípio republicano é incompatível com esse tipo de distinção, sendo que os Governadores devem submeter-se à legislação penal assim como os demais cidadãos.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, embora não tenha adiantado nenhuma posição sobre a constitucionalidade da licença prévia, advertiu sobre a necessidade de reflexão aprofundada a respeito dos institutos diversos para determinadas autoridades. Nas suas palavras “neste caso de responsabilidades não são todos iguais”, pois é “preciso pensar essas garantias como garantias da instituição, não da pessoa. Garantias de funcionalidade do poder”. Disse não estar seguro se a medida correta seria simplesmente declarar a inconstitucionalidade da licença prévia, mas reconheceu que este tem sido um problema no âmbito dos Estados, sugerindo ainda que em casos de processos envolvendo assembleias há uma espécie de bloqueio por parte dos parlamentares.

A Ministra Carmen Lúcia não se manifestou especificamente sobre o tema desta monografia, limitando-se a reconhecer a desnecessidade de licença prévia para a prisão preventiva do então governador, baseando seu voto em discurso sobejamente enérgico contra a corrupção na administração pública. São suas as seguintes palavras, que constam em fragmentos do voto:

As instituições são públicas, como tais têm de ser conduzidas e, se os agentes públicos, mais que todos os outros, não dão exemplo de cumprimento do direito há que se fazer com que o direito seja devidamente cumprido.

(...)

Em situação de inegável comprometimento das instituições jurídicas e políticas, a ordem pública já não é pública e nem é ordem quando os agentes públicos deixaram de se submeter aos ditames impostos por essa condição, nelas se mantendo apenas formalmente, para se locupletarem do que entendem ser benesses e não deveres que os cargos públicos impõem àqueles que proveem.

(...)

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, sinalizou no sentido da constitucionalidade da licença prévia para o desencadeamento do processo, mas não para a decretação de prisão preventiva. Posição, aliás, defendida pelo Ministro na QO suscitada anteriormente no Inq 2718, julgado em 20 de agosto de 2009, em que ele opinou pela constitucionalidade da licença como condição para abertura de processo penal. Mas é de se salientar que no Inq 2718 não houve posição firmada pelo plenário, em razão de ter ficado prejudicada a QO.

Uma última nota a se fazer, especificamente sobre as posições dos Ministros votantes e que ainda permanecem no Tribunal, é que o Ministro Celso de Mello também não enfrentou o tema, referindo-se como prematura uma análise da questão no âmbito do HC, por entender que para a prisão era dispensável a licença da CL/DF, ficando a discussão quanto à constitucionalidade dessa licença em casos de ações penais para um momento mais oportuno.

Por fim, vale salientar que, pelo que se colheu de informações principalmente no voto do Min. Dias Toffoli, o Ministro Teori Zavascki, hoje integrante do STF, foi um dos julgadores que se manifestou no STJ pela necessidade de licença prévia da CL/DF para a prisão do Governador Arruda, o que sinaliza para sua simpatia com a licença nos casos de processos penais.

Passado um breve resumo sobre os argumentos expendidos pelos julgadores, o que se pode concluir? Efetivamente, muito pouco. É muito difícil tentar prever uma direção para o futuro julgamento da questão no STF, nas várias ADIs ajuizadas. O certo, porém, é que alguns julgadores revelaram-se contrários a licença, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, enquanto outros sinalizaram para posição favorável à condição de procedibilidade, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Se preservada a coerência nas posições, o que nem sempre é uma constante em julgamento do Tribunal, estão aí pelo menos quatro votos declarados sobre a questão.

Dois ex-Ministros do STJ, Luiz Fux e Teori Zavascki, hoje integram o STF.⁴⁸¹ O Ministro Teori Zavascki, por ocasião da análise do decreto de prisão do Governador Arruda no Inq 650 depois convertido na Apn 707, fez referência à constitucionalidade da licença prévia multicitada.⁴⁸² O Ministro Luiz Fux, por sua vez, tangenciou a questão da constitucionalidade da matéria, limitando-se a analisar os pressupostos processuais para a prisão do Governador.

Mas o julgamento do HC traz uma questão interessante que merece alguns comentários, qual seja, a possibilidade de prisão preventiva de um Governador por decisão do STJ, sem interferência do Parlamento distrital. Foram muitos os argumentos expostos neste

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Composição atual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em 16 out. 2013.

⁴⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n.º 707. Autor: Ministério Público Federal: Réu(s) Domingos Lamoglia de Sales Dias e outros. Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8825910&sReg=200901886665&sData=20100415&sTipo=52&formato=PDF>. Acesso em 16 out. 2013.

trabalho para tentar demonstrar a inconstitucionalidade da licença prévia como condição de procedibilidade para processos penais contra Governador de Estado. No âmbito do STF, em alguns pouquíssimos julgados, nunca em sede de controle de constitucionalidade concentrado, o tema foi objeto de discussão.

Agora, deve-se perguntar como sustentar o argumento de que a licença prévia se justifica em razão de que o desencadeamento de processo penal contra Governador implica no seu afastamento do exercício das funções de chefia do Executivo, quando o STF, no emblemático julgamento do HC 102732, entende cabível a decretação pelo STJ de prisão preventiva do chefe do Executivo, na medida em que esta é uma modalidade de afastamento do cargo das mais ostensivas possíveis. Uma outra pergunta possível é sobre por que condicionar a abertura de processo penal em face do Governador a uma autorização legislativa, quando a prisão preventiva, ainda na fase de investigação, dispensa tal autorização, ou melhor, de que forma é constitucional a prisão de um Governador sem prévia licença do Parlamento do respectivo Estado ou DF, mas não é constitucional processá-lo criminalmente sem a famigerada licença.

A palavra está com o STF nas inúmeras ADIs anteriormente citadas, mas, adiante-se desde já que, acaso reconhecida a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, é muito provável que permaneçam não respondidas as perguntas acima formuladas, por uma razão simples: a hipótese de prisão, sem licença, não é objeto dessas ADIs. E as prisões preventivas, como se sabe, por vezes, estendem-se por períodos incalculáveis. Que o diga Marcos Mariano da Silva, o inocente que ficou preso sem sentença por 13 anos,⁴⁸³ período superior a 3 mandatos de Governador.

No que se refere ao STJ, a quem compete julgar as ações penais contra Governadores (art. 105, I, CF/88), a problemática que se coloca é saber se pode o Tribunal tangenciar a questão constitucional da licença prévia como condição de procedibilidade, mormente quando provocado a se manifestar, como no caso da Apn 624.

Em que pese a referência a essa ação penal específica, é fato que as observações aqui dizem respeito a qualquer ação judicial. O controle difuso de constitucionalidade, presente no Brasil desde a primeira Constituição republicana, impõe aos juízes brasileiros, estejam em quaisquer Tribunais ou em primeiro grau, o dever de exercer o adequado exame de

⁴⁸³ LOPES Jr., 2013, p. 213.

constitucionalidade das normas que aplicam. Isso porque “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional”, razão pela qual é “dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”, diz Streck.⁴⁸⁴

Logo, uma vez que a constitucionalidade de um ato normativo se apresenta como prejudicial ao exame de um determinado caso, e este é o ponto central do controle difuso, o respectivo julgador deve necessariamente tomar conhecimento da questão e fazer a filtragem constitucional, para usar o termo de Streck. Ou, para usar a lição de Mendes:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.⁴⁸⁵

Ora, no caso das ações penais movidas em face de Governadores, em qualquer momento poderia ter sido arguida inconstitucionalidade para que essa condição de procedibilidade fosse devidamente analisada, na medida em que o juiz ou Tribunal pode perfeitamente conhecer da matéria constitucional mesmo com o silêncio das partes.⁴⁸⁶

Portanto, o conhecimento da matéria poderia ter sido feito de ofício, que, aliás, mais do que uma prerrogativa, é um dever do magistrado. Mas, principalmente no caso em que arguida a inconstitucionalidade por uma das partes, é inevitável uma resposta judicial sobre o tema. É que, a rigor, segundo Streck, a omissão do magistrado em casos tais viola as garantias constitucionais da jurisdição e do devido processo legal.⁴⁸⁷

Nas ações penais, resolver um incidente de inconstitucionalidade, caso fosse instaurado, sobre a licença prévia como condição de procedibilidade para processos contra Governadores tem efetivamente um interesse no desenvolvimento da demanda. É, sim, uma matéria prejudicial. E isso é até óbvio: pois ao não declará-la inconstitucional, o STJ fica a mercê da autorização de um Parlamento estadual para exercer suas funções precípua previstas originariamente na CF/88 e manietadas por meio de expedientes inseridos nas Constituições estaduais. Perde normatividade o art. 105, I, da CF/88 que, no limite, só a

⁴⁸⁴ STRECK, 2013, p. 529.

⁴⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no Direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Defesa da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5. p. 630.

⁴⁸⁶ MENDES, 2011, p. 630.

⁴⁸⁷ STRECK, 2013, p. 533.

recebe novamente (a normatividade), na parte em que diz respeito ao Governador, como uma espécie de chancela do Poder Legislativo estadual.

Com efeito, parece existir mesmo uma “crise de baixa constitucionalidade” no Direito brasileiro, há tanto tempo denunciada por Streck. Como o próprio autor diz, mesmo estando há tempos incorporado ao ordenamento jurídico, o controle difuso de constitucionalidade ainda não alcançou sua importância.⁴⁸⁸ Um sintoma desse problema, de certa forma, poderia ser representado pelo voto do Min. Luiz Fux, já referido, quando ao apreciar a decretação de prisão do Governador Arruda, desvia o foco da constitucionalidade do caso, para apreciar os pressupostos de prisão inculpidos no art. 312 do CPP. Claro que os pressupostos são indispensáveis, mas àquela altura, já se levantavam dúvidas quanto à possibilidade de decretar a prisão do Governador sem prévia licença da CL/DF.

Ganha reforço a importância do controle difuso a ser exercido pelo STJ, pelo fato de que em todas as ADIs ajuizadas pela OAB e PGR, em que pese com pedidos de medida cautelar, não houve apreciação do pedido de suspensão dos dispositivos alijados, porque em várias das ações foi adotado o rito abreviado do art. 12 da Lei n.º 9.868/99. No caso da ADI 4362, por exemplo, relativa à LO/DF, isso ocorreu em 18.12.09.

Entretanto, já não se pode confiar com tanta certeza no otimismo de Mendes quando dizia que o controle concentrado de constitucionalidade vinha se robustecendo no direito brasileiro exatamente pela sua ampla legitimidade, presteza e celeridade, até mesmo em razão da possibilidade de medidas cautelares de suspensão de dispositivos questionados.⁴⁸⁹

Recorde-se, exemplificativamente das ADIs 185 e 218 referidas anteriormente, ou da ADI 3239, cujo ajuizamento ocorreu em 2004, com pedido de medida cautelar e, adotado o rito abreviado, só foi incluída em pauta em 2012, quando proferido o voto do Relator na matéria, para depois ter sido enviada à Ministra Rosa Weber, que pediu vista e está com o processo há mais de ano.

Ademais, a manutenção da licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra Governadores contribui para um estado de inefetividade do art. 105, I, CF/88, já que, no tocante à competência do STJ para julgamento dessas ações penais, tem tido pouquíssima realização normativa.

⁴⁸⁸ STRECK, 2013, p. 533.

⁴⁸⁹ MENDES, 2011, p. 627.

Veja-se a seguinte situação, que, aliás, já ocorreu: um Governador é processado. O STJ solicita autorização ao Parlamento estadual ou distrital para instaurar a ação penal. Não há deliberação quanto ao pedido do STJ ou ele é negado. Em ambos os casos, a normatividade do citado artigo que atribui competência ao STJ para julgar o Governador fica, por assim dizer, suspensa (termo utilizado na falta de um melhor e mais adequado). E é de todo inaproveitável a competência prevista no art. 105, I, CF/88, quando o acusado deixa o cargo que ocupava, porque, felizmente, com o cancelamento da Súmula 394 (Inq-QO 687) e o julgamento da ADI 2797, o STF suplantou a possibilidade de estender o foro privilegiado para ex-detentores de determinados cargos públicos.

Ocorre, no caso, aparentemente, segundo o ponto de vista defendido nesta monografia, um assim chamado processo informal de mudança da Constituição ou, nas palavras de Ferraz, uma mutação inconstitucional. A mutação constitucional é, segundo a autora, uma decorrência da necessidade de se aproximar texto constitucional escrito e realidade social, na medida em que as reformas constitucionais formais nem sempre são tempestivas o suficiente para serem aplicadas a uma determinada realidade.⁴⁹⁰

As mutações inconstitucionais, espécie do gênero mutação constitucional, são “modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, ultrapassando os limites constitucionais fixados no Texto Constitucional, enfim, as alterações inconstitucionais da Constituição, que não obstante vingam”, segundo a autora.

Dos tipos de mutações inconstitucionais listados pela autora e subdivididos em processos anômalos e mutações manifestamente inconstitucionais, importam aqui dois deles mais especificamente.

A mutação manifestamente inconstitucional é representada pelas “violações à Constituição, nelas consideradas abrangidas todas as práticas, inclusive as formais, que provocam mudança da Constituição contra a letra expressa do texto” e que prevalecem em razão da falta ou ineficácia do controle de constitucionalidade. Complementa a autora:

A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem: os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam sobre eles, forças extraconstitucionais, forças políticas, pressão de grupos sociais, etc., de

⁴⁹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normais constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (Org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1. p. 783.

tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.⁴⁹¹

Já a inércia dos poderes constituídos, como processo anômalo, ocorre nos casos de omissão intencional, “provisória mas prolongada, de tal sorte que paralisa a aplicação da norma constitucional evidentemente não desejada pelo Constituinte”. Segundo Ferraz:

Como modalidade de processo de mutação da Constituição a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro, porque arrasta consigo, quase invariavelmente, a descrença na Constituição.⁴⁹²

Pela exposição sobre as mutações inconstitucionais, sugere-se que haja uma conformidade maior da atuação dos Constituintes estaduais com a mutação manifestamente inconstitucional, restando aos órgãos da Jurisdição Constitucional e aos Legislativos estaduais, por que não, a inércia inconstitucional em corrigir o equívoco cometido e inserido na quase totalidade dos textos estaduais e no distrital.

O STJ tem, portanto, a oportunidade, em razão do momento experimentado, principalmente a partir da posição já firmada por OAB e PGR nas ADIs ajuizadas no STF, de adentrar definitivamente na matéria e enfrentar o problema da constitucionalidade da licença prévia como condicionante às ações penais movidas em face de Governadores de Estado, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobretudo para superar o estado inconstitucional dessas licenças e dele próprio, diante da inércia em analisar o caso no âmbito das ações penais ajuizadas no próprio Tribunal.

Concluindo, deve-se dizer que não há mais espaço nem tempo para se falar sobre a legitimidade dos órgãos de jurisdição constitucional, mas apenas para tocar num argumento por vezes utilizado por quem defende a validade da licença, já admitido no Supremo, de que a licença prévia se justifica em razão de o Governador ser processado perante um órgão judiciário federal, recorde-se que o STJ é composto por magistrados nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal. O órgão Legislativo que representa os interesses do ente federado, ou seja, participa ativamente da decisão federal de composição do órgão judiciário, dentro daquilo que Temer chamava de participação da vontade parcial na vontade geral.

⁴⁹¹ FERRAZ, 2011, p. 791-792.

⁴⁹² FERRAZ, 2011, p. 791.

Nada melhor do que encerrar com uma bela frase do Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios na ADI 2797:

Presidente, reafirmo que a Constituição Federal precisa ser um pouco mais amada. E, para que seja respeitada, é preciso que se saiba, antecipadamente, que o que nela se contém será de observância obrigatória; que o que nela se contém não pode ser suplantado por esse dado que, no Brasil, a cada dia, ganha diapasão maior, que é o fato consumado.⁴⁹³

Assim está concluída a análise sobre a licença prévia do Parlamento, prevista nas Constituições estaduais e na LO/DF, como condicionante para processos penais contra os Governadores de Estado e do DF no âmbito do STJ, e a tentativa de demonstrar, pelos mais variados ângulos, a impossibilidade de reprodução da licença prévia constante nos art. 51, I c/c art. 86, da CF/88, no âmbito das Constituições estaduais a partir de um estudo à luz do Estado Democrático de Direito brasileiro.

⁴⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Interessado(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Menezes Direito; Ministro Relator para o acórdão: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>>. Acesso em 16 out. 2013.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo analisar a constitucionalidade da necessidade de licença prévia dos respectivos Parlamentos estaduais ou distrital para que se possa instaurar processo penal contra Governadores em razão de cometimento de crime comum.

Como foi demonstrado, há uma previsão constitucional na quase totalidade das Constituições Estaduais e na LO/DF que condiciona a instauração de processo penal contra Governador à prévia licença do respectivo Parlamento.

Ou seja, pela sistemática atual, a manutenção da licença prévia como condição de procedibilidade impede que o processo seja desencadeado a partir do oferecimento da denúncia ou ajuizamento de queixa-crime, fazendo com que o STJ, antes de qualquer exame sobre a peça acusatória, solicite à AL ou à Câmara legislativa autorização para o trâmite do processo. Mas é preciso esclarecer que os Parlamentos são absolutamente livres para decidir sobre a conveniência de permitir o trâmite do processo penal, o que, a rigor, contribui para a ausência de autorização, como se pretendeu demonstrar, ainda que exemplificativamente, no tópico 3.3.

Entretanto, esta monografia dedicou-se a encontrar uma resposta plausível para o seguinte problema: Será que, sob uma leitura constitucional, poder-se-ia sustentar como válida a previsão de necessidade de autorização dos Parlamentos – estaduais ou distrital – para que se processe governador de Estado ou do DF por crime comum perante o STJ, fixadas, ademais, todas as exigências dessa autorização em Constituições Estaduais e na LO/DF?

Todo o desenvolvimento do trabalho permite concluir que é impossível manter válida a necessidade de licença prévia das ALs ou da CL como condição de procedibilidade para processo penal contra os respectivos Governadores.

Com efeito, como proposta de fundamentação teórica, notadamente no aspecto jurídico-constitucional, pretendeu-se demonstrar as razões pelas quais as pessoas foram levadas a viver em sociedades organizadas, sob governos legitimamente organizados e eleitos e quais as repercussões jurídicas que tais escolhas trouxeram aos cidadãos.

A abordagem dos modelos de Estado Moderno, portanto, foi de crucial importância, sobretudo para fixação de algumas premissas que respaldaram, ainda que implicitamente, todo o desenvolvimento do trabalho, qual seja, a exata compreensão do Estado de Direito como expressão máxima do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e como limitação ao abuso de poder, sendo imprescindível compreender que nas vertentes sociais do Estado de Direito, os direitos fundamentais são também prestações exigíveis do Estado.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, assim, tem como pressuposto determinadas finalidades voltadas inevitavelmente à promoção do bem-estar social da população, e é exatamente aí que cresce de importância a atuação do Poder Executivo. Por isso, o problema proposto nesta monografia teve sempre presente uma espécie de indagação implícita sobre se seria possível permitir que, diante de um programa constitucional tão extenso quanto o brasileiro, o chefe do Executivo Estadual, a cargo de quem estão muitas das tarefas estatais, pudesse corromper seu compromisso funcional e o programa constitucional vigente e ainda assim manter-se incólume a qualquer tipo de responsabilidade penal, mesmo que apenas no período do mandato.

Ademais, seria excessivamente pernicioso garantir uma tal prerrogativa ao Chefe do Executivo estadual ou distrital, representada, em síntese, pela licença prévia como condição de procedibilidade, diante da singularidade do sistema presidencialista brasileiro ou mesmo do chamado ultra ou hiperpresidencialismo no âmbito estadual, que pelas características de que se revestem, demonstradas no tópico 3.4, praticamente aniquilam qualquer possibilidade de repressão satisfatoriamente tempestiva aos crimes cometidos pelo Governadores.

Bem por isso, diante de um quadro atual em que o Governador, utilizando-se de seu amplo poder no âmbito estadual, além de cometer crimes funcionais, ainda se usa do próprio

poder que detém para criar obstáculos à repressão penal, de que seria exemplo, entre outros, a forte influencia exercida sobre os respectivos parlamentos, tornou-se inevitável examinar a constitucionalidade de tal licença prévia, à luz do Estado Democrático de Direito Brasileiro e de alguns princípios fundamentais que o animam.

Deste modo, optou-se por analisar a constitucionalidade de tal licença, a partir dos princípios federativo, republicano, da igualdade, da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, da separação de poderes e da proporcionalidade.

Sob o ponto de vista do princípio federativo, tendo em conta suas principais características, dentre as quais, a repartição de competências legislativas entre os entes estatais, foi possível demonstrar que a previsão da licença prévia como condição de procedibilidade, prevista em Constituições estaduais e na LO/DF, implica na indevida usurpação de competência legislativa privativa da União, o que gera, invariavelmente, a inconstitucionalidade das previsões normativas sobre a matéria.

Para tanto, foi indispensável dispor sobre a natureza jurídica de tal licença (tópico 3.3). Ao se utilizar frequentemente do termo condição de procedibilidade, optou-se por seguir a doutrina majoritária no tema, preponderando aqui o caráter processual da licença que, a rigor, se mostra mais coerente.

De todo modo, como assentado durante o trabalho, nem mesmo se adotada posição segundo a qual a licença prévia constituísse condição objetiva de punibilidade, estaria invalidado o argumento de violação ao princípio federativo. Com efeito, tanto em matéria processual, quanto em matéria penal, compete privativamente à União legislar sobre o assunto e não aos Estados e ao DF, ainda que estes o tivessem feito por meio dos Poderes Constituintes locais.

Ainda, quanto ao princípio federativo, pretendeu-se demonstrar as consequências da indevida manutenção da licença prévia no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque ao não reconhecê-la como inconstitucional, o STJ, quando não autorizado a prosseguir com o processo penal contra o Governador, tem suspenso tanto o curso do processo quanto da prescrição penal, sem que esteja amparado em previsão legal. O que se verificou é que, de forma equívoca, o curso prescricional dos delitos eventualmente cometidos pelo acusado

Governador é suspenso quando não tenha havido a autorização da AL ou da CL para o processo penal, simplesmente por meio de decisão monocrática.

No mesmo sentido, a abordagem do princípio republicano e do princípio da igualdade, permitiu esclarecer como a licença objeto de estudo nesta monografia é incompatível com tais postulados. Isso porque a licença como condição de procedibilidade serve de poderosíssimo instrumento a disposição do Chefe do Executivo local e da base parlamentar que o apoia para evitar o curso de processo penal contra o Governador que tenha cometido ilícitos durante e/ou no exercício do cargo.

E nesse aspecto, foi bastante elucidativo o tópico 4.2 ao expor como numa República, a coisa pública, que é comum, deve ser utilizada para o bem de todos e não para atender a interesses pessoais e/ou corporativos. Além do mais, o princípio republicano tem como corolário a igualdade entre os cidadãos, o que veda qualquer tipo de privilégio estabelecido indevidamente em favor de alguém.

A rigor, partindo-se da premissa de que, justamente pelas características do princípio republicano, nenhum administrador público pode furtar-se ao dever de responsabilidade por seus atos, tentou-se demonstrar como o tratamento diferenciado dado ao Governador, por meio da possibilidade de postergar-se o processo penal para tempos muito distantes dos fatos delituosos, a pretexto de servir como uma garantia em favor do cidadão, na verdade, é um inequívoco privilégio travestido de norma jurídica, mas incapaz de encontrar respaldo constitucional, por violar frontalmente o princípio da igualdade.

Em suma, o que se pretendeu afirmar é que o administrador público deve responder pelos ilícitos que comete no trato da coisa pública e deve ser tratado frente à lei, aqui especificamente a lei penal, da mesma maneira que qualquer outro cidadão.

A licença prévia como condição de procedibilidade também viola o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, como se revelou no tópico 4.3. E assim o é porque ela cria uma prerrogativa aos Parlamentos estaduais ou distrital que os investe do poder de manietar a atuação de um órgão jurisdicional de âmbito nacional, a saber, o STJ. Ou seja, como ficou claro, atualmente, os Legislativos estaduais ou o distrital tem o poder de decidir se o STJ vai ou não julgar o respectivo Governador por cometimento de crime comum.

Nesse tópico foi importante voltar ao tema do princípio da separação de poderes, que já havia sido abordado oportunamente, para deixar claro que ambos estavam intimamente conectados no caso e que, se contextualizados, denunciavam a invalidade da licença. É que, se de um lado, não há maiores resistências à imposição infraconstitucional de determinadas condições para o exercício do direito de ação perante o Judiciário, por outro, todas essas imposições devem ser submetidas ao adequado, necessário e criterioso exame de constitucionalidade para que se conclua sobre sua (in)consistência jurídica.

O que se viu foi que a condição imposta inviabiliza muitas vezes que a ação penal proposta contra um Governador torne-se efetiva, porque o STJ não dá seguimento ao processo por não receber autorização da AL ou CL, ou seja, um órgão jurisdicional tem sua missão precípua tolhida por uma prerrogativa unilateral de um órgão legislativo estadual ou distrital que sequer encontra previsão legal na CF/88.

Sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, buscou-se desenvolver a partir da vertente da vedação da proteção deficiente, argumento segundo o qual a necessidade de licença prévia configura um perigoso instrumento disponível aos Legislativos estaduais e ao Executivo e que pode praticamente aniquilar o dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Isso porque, a despeito das inúmeras figuras jurídico-penais estabelecidas para proteção de direitos metaindividuais, dentre os quais se insere o patrimônio público, a licença prévia como condição de procedibilidade permite tornar inócuos tais dispositivos por impedir o curso normal dos processos que buscam a punição do agente político que, ao arrepio de suas funções institucionais, corrompe-se e corrompe o programa constitucional vigente.

Como foi demonstrado no tópico 4.4, a licença prévia como condição de procedibilidade, muito antes de atentar para o dever de proteção dos direitos fundamentais, configura um subterfúgio pretensamente jurídico que, a rigor, reduz o nível de proteção, quando não o elimina totalmente, por tornar o Governar indene à responsabilidade penal de seus atos.

Por fim, o último tópico não poderia deixar de se dedicar à questão da jurisdição constitucional como o canal, por excelência, para a superação do estado de

inconstitucionalidade da licença prévia dos Parlamentos como condição de procedibilidade para processo penal contra Governador.

Na primeira parte, analisou-se sucintamente o julgamento do HC 102.732 pelo Plenário do STF. Tratou-se nesse julgamento da possibilidade de o STJ determinar a prisão preventiva de Governador, no caso do DF, sem prévia autorização da CL. Segundo decidido, é possível a decretação de prisão preventiva de Governador sem prévia autorização do Parlamento, na medida em que a prisão, nesse caso, é uma medida prévia ao processo, não se confundido com o início da fase processual em que se torna indispensável a intervenção do Parlamento para decidir sobre a conveniência do curso normal do processo.

A análise do julgamento trouxe à discussão alguns pontos importantes. Primeiro, tentou evidenciar a posição de alguns Ministros da Corte sobre o tema. No cenário atual, há posições expressas pela inconstitucionalidade da licença por parte dos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Em contrapartida, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki parecem simpatizar com a necessidade da licença para o processo penal. Quanto aos demais Ministros da Corte, não foi possível definir uma posição.

De qualquer modo, a decisão do STF nesse HC causou certa surpresa por entender cabível a decretação de prisão de Governador sem prévia manifestação da AL ou CL, enquanto alguns poucos julgados do próprio STF e mais antigos certamente, reconheceram como válida a necessidade de licença para o processo penal.

Seja como for, o STF terá um grande desafio pela frente, ao julgar as ADIs ajuizadas pela OAB e PGR, principalmente se entender pela constitucionalidade da licença, porque terá de compatibilizá-la com o entendimento sufragado neste HC de que para prisão não é necessária licença, mas para o processo sim. Em síntese, terá de construir uma justificativa capaz de sustentar o argumento de que a licença é válida por permitir a intervenção legislativa nos casos em que o Governador pudesse ser afastado do cargo em razão do processo penal, enquanto permite esse afastamento por meio de prisão preventiva decretada pelo STJ.

De outro lado, ainda no tema da jurisdição constitucional, mas no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, procurou-se demonstrar como o STJ está necessariamente obrigado a conhecer da matéria e sobre ela deliberar. Vale ressaltar, no ponto, que a arguição de inconstitucionalidade feita pela PGR na ação penal movida contra o

ex-Governador do DF, José Roberto Arruda, perdeu o objeto, porque o réu já não detém mais o cargo e a declaração de inconstitucionalidade da licença, nesse caso, não geraria qualquer efeito. Nesse caso específico, já não há mais caráter incidental ou prejudicial da matéria. Mas o que se buscou assentar é que o STJ tem o dever constitucional de analisar a constitucionalidade da licença como condição de procedibilidade, no âmbito da jurisdição constitucional difusa.

E esse dever está intimamente ligado também ao último ponto trabalhado nesta monografia. O encerramento do trabalho ocorre com algumas reflexões sobre a carência de normatividade do art. 105, I, CF/88, como resultado do que se chamou de mudança informal da constituição, ou, precisamente, mutação inconstitucional.

Com efeito, embora a CF/88, no citado dispositivo, atribua ao STJ competência para julgamento de Governador por cometimento de crime comum, a introdução de normas nas Constituições estaduais e na LO/DF praticamente suprimiu a normatividade do dispositivo constitucional federal. É que, ao criar as licenças indevidamente, os dispositivos estaduais e distrital permitiram uma espécie de suspensão do art. 105, I, CF/88, nos casos em que a licença não é fornecida. E, posteriormente, quando o Governador deixa o cargo e finalmente responderá penalmente pelos delitos que cometeu, a competência já não será do STJ.

O que se revelou com isso foi que, em inobservância dos dispositivos constitucionais federais originários, os Constituintes estaduais e distrital praticamente aniquilaram o conteúdo do art. 105, I, CF/88, e, mais ou tão grave quanto isso, os órgãos incumbidos de rever esse equívoco historicamente compactuaram com o estado de inconstitucionalidade. Assim foram os Tribunais, STF e STJ, na função jurisdicional, e os Legislativos regionais que nunca reformaram os dispositivos de suas Constituições ou LO/DF.

Todas essas razões revelaram de maneira enfática o estado de inconstitucionalidade da manutenção da multicitada licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra Governador.

Para tanto, buscou-se demonstrar que o Estado de Direito sempre esteve atrelado a determinadas finalidades, variadas funções para as quais o Estado se valeu e ainda se vale dos agentes públicos, com o respeito e a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

E modernamente, sob o Estado Democrático de Direito brasileiro, vetor de um extenso catálogo de compromissos sociais assumidos e a cargo de seus inúmeros entes estatais, torna-se ainda mais importante olhar para os objetivos republicanos estabelecidos na CF/88 com vigoroso respeito e, mais do que isso, com um sentimento de pertencimento, de cidadania, e de um intransigente propósito de cumprir seus postulados irrestritamente.

Não sem razão, a CF/88 contempla o reconhecimento de inúmeras mazelas sociais que afligem a sociedade brasileira e estabelece uma agenda constitucional voltada a superação destes obstáculos que impediram e ainda impedem milhares de brasileiros de ter uma vida minimamente digna.

A rigor, portanto, quando se tem presente um sentimento legítimo de cumprir o programa constitucional de 1988, e esse sentimento deve irradiar-se sobre todos, não só nos agentes públicos, vem à tona inarredavelmente a repulsa àqueles que, de costas para a CF/88, indiferentes aos propósitos sociais nela estabelecidos, utilizam-se desidiosamente dos recursos públicos e dos cargos que detém para atender interesses meramente pessoais ou corporativos.

É por isso que um Governador de Estado ou do DF, quando sorrateiramente aventura-se no campo da marginalização, buscando a satisfação pessoal à custa do cargo e do patrimônio público, totalmente ignoto à missão para a qual foi alçado pelo povo ao mais alto cargo público no âmbito estadual, deve ser submetido com todo o rigor à lei, nas variadas formas de responsabilização, ao contrário do que historicamente vem ocorrendo no Brasil.

A bem da verdade, enquanto alguns Governadores acreditam ter tomado posse dos cargos e não nos cargos, para usar um trocadilho de Britto, beneficiando a si e a terceiros como verdadeiras rapinas dos cofres públicos, ou mesmo concedendo uma série de favores indevidos para os apaniguados, parceiros políticos, financiadores de campanhas, milhares e milhares de pessoas esperam pelo cumprimento estatal do programa constitucional brasileiro, sem qualquer perspectiva concreta.

Uns enriquecem, e muito, às custas daqueles milhares que mais precisam do Estado. Um paradoxo lamentável, mas muito real. E de forma irônica, curiosa, mas totalmente indecente, alguns dizem (será que acreditam nisso?!) que a licença prévia se justifica por permitir um exame da conveniência de um processo penal contra o Chefe do Executivo local, sob o risco de um drástico prejuízo à autonomia do Estado-membro e até do governo vigente.

Mas o que a jurisdição constitucional tem com que contribuir de maneira valiosíssima é justamente com a proteção dos direitos fundamentais principalmente dessa parcela considerável de pessoas, espécie de sub-cidadãos, que não tem projeção política e que são prejudicados sistematicamente pelos agentes públicos corruptos.

Recorde-se do que já foi dito anteriormente. Os direitos sociais surgiram também e especialmente para evitar que o direito à liberdade e o direito à igualdade não se tornassem apenas argumentos de retórica, ou preceitos simbólicos desprovidos de consistência real.

Num país de proporções gigantescas como o Brasil, com um nível de desigualdade social constrangedor, é preciso preservar o mínimo de dignidade aos cidadãos, principalmente aos mais necessitados, buscando o cumprimento rigoroso da agenda constitucional a fim de evitar que o descumprimento sistemático das funções sociais do Estado mantenha essa parcela considerável da sociedade sempre no âmbito da subcidadania, como que a depender dos favores dos agentes públicos, numa espécie de círculo vicioso, em que estes se mantêm no poder por meio do constrangimento daqueles.

O que a CF/88 não pode permitir, e parece que não permite, como se tentou demonstrar nesta monografia, é que um Governador possa trair o compromisso constitucional de que está investido, prejudicar milhares de pessoas, e ainda assim manter-se no Poder porque é “conveniente” politicamente, sem que haja um instrumento jurídico a favor da defesa intransigente do povo e do patrimônio público.

Para finalizar, diga-se que a licença prévia como condição de procedibilidade para processo penal contra Governador é inconstitucional porque viola a um só tempo, de forma flagrante, o princípio federativo, o princípio republicano, o princípio da igualdade, o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional, o princípio da separação de Poderes e o princípio da proporcionalidade. Tal licença está a serviço dos interesses meramente políticos. É preciso expungir-la do ordenamento jurídico brasileiro. Com a palavra os Tribunais, STF e STJ. E lembre-se aqui de Zagrebelsky, para quem, a certa altura é preciso romper o silêncio para que o silêncio não pareça imbecilidade.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: TAVARES, José Antônio Giusti. **O sistema partidário na consolidação da democracia brasileira**. Brasília: Instituto Teotônio Vilella, 2003, v. 3.
- ABRUCIO, Fernando. **Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: HUCITEC/USP, 1998.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. São Paulo: Método, 2009.
- BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição penal**. Bauru/SP: Edipro, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Interpretação e aplicação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, Tomo III.
- BASTOS, Celso Riberito; In: _____. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: Pré - constitucionalismo**. Arts. 1º a 4º. São Paulo: Saraiva, 1988, v.1.
- _____. Crime comum praticado pelo Governador (parecer). In: **Estudos e pareceres: direito público: constitucional, administrativo, municipal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BÉO, Cintia Regina. Da organização político-administrativa. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Traducción de Rafael Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. Ed. São Paulo; Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONIN, Robson. **TRE-DF determina a perda do mandato de Arruda**, texto digital. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1532366-5601,00-tredf+determina+a+perda+do+mandato>>

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, texto digital. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 jul. 2013.

BRASIL. **Legislação estadual**: Constituições estaduais. Constituição estadual de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEsta>

BRASIL. **Legislação estadual**: Constituições estaduais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais#content>>. Acesso em 08 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 136. Autor: Orestes Quércia. Réu: Tasso Jereissati. Ministro Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800230076&pv=000000000000>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 207. Autor: José Thomaz da Silva Nonô Netto. Réu: Ronaldo Augusto Lessa Santos. Ministro Relator: Felix Fischer. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200101978219>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 387. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Cássio Rodrigues da Cunha Lima. Ministra Relatora: Laurita Vaz. Brasília. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401548022&pv=00000000000000>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 401. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77785. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n.º 460. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s): J. C. de O e outros. Ministra Relatora: Eliana Calmon. Brasília. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600414504&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencia=8685055&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencia=19193063&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 624. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Roberto Arruda. Ministro Relator: Fernando Gonçalves. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencia=30181675&formato=PDF>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 662. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Silval da Cunha Barbosa. Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200901119880&dt_publicacao=21/8/2013. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal n.º 707. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s) Domingos Lamoglia de Sales Dias e outros. Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 721. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José de Anchieta Júnior. Ministro Relator: João Otávio Noronha. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201200850326&dt_publicacao=15/5/2013. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJuris>

prudencia.asp?s1=%28%22princ%EDpio+da+proporcionalidade%22%29&base=baseAcordaos&url=HTTP://tinyurl.com/d6bzb4u>. Acesso em 09 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22princ%EDpio+da+proporcionalidade%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 09 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios admitidos como Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1216168. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido(s) Yeda Rorato Crusius e outros. Ministro Relator: Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_regIs>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n.º 100706. Paciente: Adão Pereira Xavier. Coator: Tribunal de Justiça do DF e Territórios. Ministro Relator: Felix Fischer. Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200800402367&data=9/3/2009. Acesso em 17 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 12514. Reclamante: Humberto Mello Bosaipo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ministro Relator: Ari Pargendler. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=305>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1282046. Recorrente: Ministério Público do Rio de Janeiro. Recorrido(s) Altair Paulino de Oliveira Campos e outros. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?com>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4362. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3815342>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4386. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Santa Catarina. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3844376>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4674. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164551>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164553>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4764. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Acre. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230056>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4766. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Alagoas. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230101>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4765. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Amapá. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4230083>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4771. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Amazonas. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240110>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4777. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa da Bahia. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4244456>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4775. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Ceará. Ministro Relator: Rosa Weber. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4244367>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4792. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Espírito Santo. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256873>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4773. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Goiás. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240119>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4797. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Mato Grosso. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4258984>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4781. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4247149>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4690. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Pará. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4255888>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4791. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Paraná. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256017>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4793. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Pernambuco. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4256875>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4798. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Piauí. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4258992>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4772. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Ministro Relator: Luiz Fux. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4240112>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4799. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4259379>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4800. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Rondônia. Ministra Relatora: Carmen Lúcia. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4259390>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4806. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Sergipe. Ministro Relator: Teori Zavascki. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4261898>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4804. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa de Tocantins. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4261878>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4362. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Ministro Relator: Dias Toffoli. Brasília, 2009, texto digital. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3815342>. Acesso em 29 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4764. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília, 2012, texto digital. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4230056>. Acesso em 29 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.797. Autor: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2082833>>. (grifo nosso) Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Interessado(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007220&base=baseA cordaos>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3112. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro e outros: Interessado(s): Congresso Nacional e outros. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2194197>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510. Requerente: Procuradoria-Geral da República: Interessado(s): Congresso Nacional e outros. Relator: Ayres Britto. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>> Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 683235. Recorrente: Domiciano Bezerra Soares. Recorrido: Ministério Público Federal. Ministro Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000687&BA>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Composição atual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJuris>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/Jurisprudência/li>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2797. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP. Interessado(s): Presidente da República e Congresso Nacional. Ministro Relator: Menezes Direito; Ministro Relator para o acórdão: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 102.732. Paciente: José Roberto Arruda. Impetrante: José Gerardo Grossi e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 102087. Paciente: Renato de Sales Pereira: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3815995>> Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 102732. Paciente: José Roberto Arruda. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCL>>

A%2E+E+102732%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102732%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfsdhtp. Acesso em 17 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n.º 104410. Paciente: Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial 984616. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento .asp?incidente=3903548](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903548)> Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 80511. Paciente: Itamar Augusto Cautiero Franco. Coator: Relator da Ação Penal originária 170/MG no Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+80511%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+80511%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amw62zh>>. Acesso em 17 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 21564. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado(a): Presidente da Câmara dos Deputados. Ministro Relator: Octavio Gallotti. Brasília, 27 ago. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=MS&numero=21564&origem=AP>> Acesso em 06 set. 2013. (grifo nosso)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 218. Autor: Governador do Estado da Paraíba. Ministro Relator: Sydney Sanches. Brasília, 22 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=218&origem=AP>> Acesso em 06 set. 2013. (grifo nosso)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 104/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 3211. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido(s): Gilmar Ferreira Mendes e outros. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088388&base=baseAcordaos>> Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n.º 7468/2012 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4675. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessado(a): Assembleia Legislativa do Maranhão. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4164553>> Acesso em 30 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na ação penal n.º 305. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Fernando Affonso Collor de Mello. Ministro

Relator: CELSO DE MELLO. Brasília, 18 dez. 1992. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.Asp?classe=AP&numero=305&origem=AP>>. Acesso em 06 set. 2013.
 (grifo nosso)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na Petição n.º 3923. Autor: Ministério Público de São Paulo. Réus: Paulo Salim Maluf e outros. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 26 set. 2008. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=Pet&nu>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição n.º 3923. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido(s): Paulo Salim Maluf e outros. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=0000011>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito n.º 687. Autor: Ministério Público Federal. Indiciado: Jabes Rebelo Pinto. Ministro Relator: Sydney Sanches. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESC LA%2E+E+687%2ENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+687%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkrf2xx>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 2138. Reclamante: União. Reclamado(s): Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Subseção Federal do Distrito Federal. Ministro Relator: Nelson Jobim. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089754&Base=baseAcordaos>> Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 159.230. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ronaldo José da Cunha Lima. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553945>. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 418376. Recorrente: José Adélio Franco de Moraes; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205553>> Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação civil pública n.º 2009.71.020026932. Autor: Ministério Público Federal. Réu(s) José Otávio Germano e outros. Disponível em:
 <http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=200971020026932&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2010**. Divulgação de Registro de Candidaturas. Disponível em: <<http://divulgacand2010.tse.jus.br/divulgacand2010/>>. Acesso em 29 set. 2013.

BRITO, Edvaldo. Poder Executivo. In: Martins, Ives Gandra da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do. (org). **Tratado de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional**: organização dos poderes da República. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.4.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARCASSONE, Guy. A Legislação. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. (Coord). **Democracia**. São Paulo: Record, 2011.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book.

CINTRA, Antônio Octávio. O sistema de governo no Brasil. In: AVELAR, Lúcia; _____. (Org). **Sistema político brasileiro**: uma introdução. São Paulo: UNESP, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COCUZZA, Francisco Oliveira. Do Poder Legislativo. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

CODATO, Adriano; COSTA, Luiz Domingos. **O que é o presidencialismo de coalizão?** Sociologia política, 2006, texto digital. Disponível em <<http://adriancodato.blogspot.com.br/2006/12/o-que-o-presidencialismo-de-coalizo.html>>. Acesso 12 set. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo**: o Estado Democrático de Direito, texto digital. Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176121/000476716.pdf?sequence=3>>. Acesso em 30 set. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de derecho costitucional**. El estado constitucional, el sistema de fuentes e los derechos y libertades. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, v. 3.

COPETTI, André. Vinculação de receitas e direito penal. Perspectivas de instrumentalização para a concretização dos direitos não-individuais. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; _____. (org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Do impeachment no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 43, n. 50, jul./dez. 2008, texto digital. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/22266>> Acesso 18 jul. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE TOCQUEVILLE, Alex. **A Democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal – A Constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ FILHO, José Francisco. Princípios Fundamentais. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normais constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Teoria Geral da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade das leis. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional: Defesa da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2011.

G1 MARANHÃO. **Em nota, Roseana Sarney se defende acusações de abuso de poder.**

Globo notícias. texto digital. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2013/08/em-nota-roseana-sarney-se-defende-de-acusacoes-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 29 set. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 15, n.º 69.

_____. Controle da constitucionalidade; In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional:** Defesa da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. (org). **Temas fundamentais de Direito Constitucional.** Textos traduzidos e selecionados. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789 - 1848.** Tradução de Maria Tereza Teixeira; Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUGO, Victor. **Os miseráveis.** 4. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KRAUSE, Silvana. Governadores na “era PMDB” em Goiás (1982-1998): um caso de “Hiperpresidencialismo” regional?. In: FERREIRA, Denise Paiva; Bezerra, Heloísa Dias. (org). **Panorama da política em Goiás.** Goiânia: UCG, 2008.

_____; GODOI, Pedro Paulo Alves. Coligações estaduais para os Executivos estaduais (1986-2006): padrões e tendências. In: _____.; DANTAS, Humberto; MIGUEL, Luis Felipe. (Org). **Coligações partidárias na nova democracia brasileira:** perfis e tendências. São Paulo, UNESP, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta:** Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais.**

Direito Constitucional: Defesa da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2002.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público:** comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O impeachment na Constituição de 1988**. Belém: CEJUP, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org). **Os clássicos da política:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O federalista”. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, v. 1.

MELLO, Marco Aurélio. **Não se aceita impunidade de quem deve dar exemplo**. CONJUR, 2009, texto digital. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-13/sociedade-nao-aceita-impunidade-daquela-dar-exemplo>>. acesso em 13 jul. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In:_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O controle incidental de normas no Direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais. Direito Constitucional:** Defesa da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERCIER, Antonio Sérgio Pacheco. Dos Estados Federados. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

Mero=3923&origem=AP>. Acesso em 06 set. 2013.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do neoconstitucionalismo: Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de Poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; _____; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. Lima. **Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; _____; STRECK, Lênio Luiz. (org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Presidencialismo de coalizão, um velho dilema brasileiro**. CONJUR, 2013, texto digital. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-18/diario-classe-presidencialismo-coalizao-velho-dilema-brasileiro>>. Acesso 29 jul. 2013.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Heraldo. **Governador do Maranhão, Jackson Lago, tem o mandato cassado pelo TSE**, texto digital. Globo notícias, texto digital. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,,MUL1088475-16021,00-GOVERNADOR+DO+MARANHAO>>

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: Doutrina, casuística e conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direito penal brasileiro: Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dider. **O Federalismo numa visão tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de *virtù*. In: WEFFORT, Francisco C. (org). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O federalista"**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, v. 1.

SANCHES, Sydney. Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional: Defesa da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. São Paulo, IBCCRIM, 2003. Disponível em <www.georgemlima.xpg.com.br/sarlet.rtf> Acesso em 06 out. 2013.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: Riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, texto digital.

SCHMITT, Rogério. Os estudos sobre alianças e coligações eleitorais na Ciência Política brasileira. In: KRAUSE, Silvana; _____. (org). **Partidos e coligações no Brasil**. São Paulo: Unesp, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Responsabilidade do governador, crime comum – processo – necessidade de aprovação previa da assembleia legislativa. **Fascículo 2 – criminal**. Revista dos Tribunais, 1990, v.657.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STIEFELMAN, Roger. Do Poder Executivo. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. (org). **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **O cego de Paris e as movimentações de rua**. Conjur, 2013, texto digital. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/senso-incomum-camponesa-homo-empoderadus-terrae-brasilis>>. Acesso em 11 jul. 2013.

_____. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; _____. (org). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico, texto digital. Disponível em: <<http://www.Lênio Streck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>> Acesso em 02 out. 2013.

_____. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (org). **Código civil interpretado conforme a Constituição da República:** Parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil.** 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V. 2.

_____. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito constitucional estadual.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TROTSKY, Leon. **A revolução traída.** Tradução de M. Carvalho e J. Fernandes. São Paulo: Centauro, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia.** Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **El Derecho Dúctil:** Ley, Derecho, Justicia. Madri: Trotta, 2011.

ZAUHY FILHO, Wilson. Crime de responsabilidade e crime comum praticado por governador de estado – procedimentos – constitucionalidade. **Revista de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 99, 1991.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** 3. ed. Tradução de Karen Praefek; Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.