

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

FACULDADE DE DIREITO

MARTA SUZANA LOPES VASCONCELOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: UM ESTUDO SOBRE A
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA POLÍTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE COLLOR A DILMA**

DOUTORADO EM DIREITO

**Brasília/DF
2016**

MARTA SUZANA LOPES VASCONCELOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: UM ESTUDO SOBRE A
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA POLÍTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE COLLOR A DILMA**

**Tese apresentada à Banca Examinadora do
Centro Universitário de Brasília, como
exigência parcial para obtenção do título de
Doutora em Direito. Área de concentração:
Direito das Relações Internacionais, sob a
orientação do Professor Doutor Inocêncio
Mártires Coelho.**

**Brasília/DF
2016**

MARTA SUZANA LOPES VASCONCELOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: UM ESTUDO SOBRE A
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA POLÍTICA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE COLLOR A DILMA**

BRASÍLIA/DF, 19 DE DEZEMBRO DE 2016

BANCA EXAMINADORA

A

**Heráclito Seabra de
Vasconcelos**

e

Zélia Lopes Vasconcelos

...mas eu sei em Quem tenho crido...

Apóstolo Paulo, século I D.C.

AGRADECIMENTOS

Às queridas irmãs Ana, Virginia e Elianne.

Aos meus cunhados Fábio e Júnior.

Aos meus queridos sobrinhos Rachel, David, Guilherme, Gabriel e Mariana.

Aos amigos da Família Betel.

Ao Professor Doutor Marcelo Dias Varella pela competência e generosidade.

Ao Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho pela confiança, segurança e orientação pessoal.

Ao Professor Doutor Luis Carlos Martins Alves pela orientação fundamental no rumo que este trabalho assumiu no Exame de qualificação.

Ao Professor Doutor Héctor Valverde de Santana pelo apoio, incentivo e solidariedade.

Ao Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy pelas discussões e disponibilidade de tempo sempre que necessitei.

À Professora Doutora Neide Terezinha Mallard pela competência e dedicação ao ensino.

Aos amigos que fiz na trajetória deste trabalho: Adriano, James, Frota, Paulo, Roberta, Carla, Giovana e Francisco.

Aos funcionários do doutorado do Centro Universitário de Brasília.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe pela liberação e tempo concedido para conquistar um sonho raro.

RESUMO

A tese sustenta que o Supremo Tribunal Federal ao promover o julgamento do “Caso Collor” - Mandado de Segurança nº 21.564 –DF- 1992 e do “Caso Dilma” – ADPF nº 378-DF- 2015, regulamentou o procedimento do *impeachment*, realizando uma filtragem constitucional da Lei nº 1.079/50, através de uma interpretação ativa e criativa, que modificou substancialmente os papéis constitucionais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, alterando o sentido e o alcance dos artigos 51, I, e 52, I, da Constituição Federal de 1988. Observa-se que no primeiro julgamento a Corte começou a construir o rito do processo. No segundo a Corte optou por uma intervenção mais drástica e profunda, fixando as “regras do jogo”, com o suprimento das omissões inconstitucionais, avançando em questões *interna corporis* da competência exclusiva do Poder Legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: *Impeachment*. Hermenêutica Constitucional. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The thesis claims that the Federal Supreme Court while promoting the trial of the “Collor Case” – Writ of Mandamus nº 21.564 –DF- 1992 as well as the “Dilma Case” – ADPF nº 378-DF- 2015, has standardized the impeachment procedure, performing a constitutional filtration of the Law nº 1.079/50, through an active and creative interpretation, substantially changing the constitutional rules of the House of Representatives as well as of the Federal Senate, altering both the sense and the reach of the articles 51, I, e 52, I, of the Federal Constitution of 1988. It is observed in the first trial that the Court has started to build the process rite. In the second trial the Court has opted for a more drastic and profound intervention, fixing the rules of the game”, with the supply of constitutional omissions, progressing on *interna corporis* issues of sole competence of the Legislature Power.

KEY-WORDS: Impeachment. Constitucional Hermeneutic. Judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - A HERMENÊUTICA E A ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL	23
1. Hermenêutica e interpretação	23
2. Interpretação e pré-compreensão	28
3. Interpretação estática	32
3.1 A interpretação não criativa dos “interpretativistas”	34
3.2 A escola da exegese e a interpretação lógico-formal.....	35
3.3 A interpretação e o positivismo jurídico.....	38
4. A interpretação dinâmica.....	43
4.1 A interpretação criativa dos “não interpretativistas”	43
4.2 A contribuição do <i>amicus curiae</i> na criação judicial do direito	44
4.3. A interpretação ativista	47
4.4. A interpretação criativa proveniente da jurisdição constitucional	51
4.5 A interpretação axiológica-positivista	60
4.6 A interpretação baseada em regras e princípios	63
4.7 A interpretação tópica.....	67
5. A teoria da argumentação em Chaïm Perelman: a nova retórica	72
6. A teoria da argumentação na fundamentação das decisões judiciais	76
7. A racionalidade prático-argumentativa	80
8. A legitimidade democrática das Cortes Constitucionais para a criação de direitos ..	81
9. A origem das Constituições e do constitucionalismo	89
10. Origem e evolução da jurisdição constitucional	93
11. A função política do Tribunal Constitucional como guardião da decisão política fundamental.....	98
CAPÍTULO II - O PROCESSO POLÍTICO DE <i>IMPEACHMENT</i>	108
1. O <i>impeachment</i> e os federalistas americanos	108

2. O <i>impeachment</i> na doutrina estrangeira	111
2.1 O <i>impeachment</i> na Inglaterra.....	111
2.2 O <i>impeachment</i> nos Estados Unidos da América	117
2.3 O <i>impeachment</i> na França	122
2.4 O <i>impeachment</i> na Itália.....	124
2.5 O <i>impeachment</i> no Brasil	125
2.6 O <i>impeachment</i> na Argentina.....	129
2.7 O <i>impeachment</i> na Venezuela.....	129
2.8 O <i>impeachment</i> na Colômbia.....	131
2.9 O <i>impeachment</i> no Equador	133
2.10 O <i>impeachment</i> no Paraguai	135
2.11 O <i>impeachment</i> em outros países.....	137
3. Natureza do processo de <i>impeachment</i>	138
4. Consequências da natureza político-jurídica do processo de <i>impeachment</i>	141
5. Juízo de admissibilidade pré-processual por parte da Câmara dos Deputados..	146
6. O Senado Federal como Tribunal Político.....	148
7. Os crimes de responsabilidade do Presidente da República	151
8. Renúncia do mandato no processo de crime de responsabilidade.....	160
9. Alcance do controle do procedimento de <i>impeachment</i> do Presidente da República pelo Poder Judiciário	162
10. Crítica ao modelo de <i>impeachment</i> adotado pela Constituição Brasileira	174
11. O <i>recall</i> como alternativa ao sistema presidencialista	177
CAPÍTULO III - A JUDICIALIZAÇÃO DO <i>IMPEACHMENT</i>: “CASO COLLOR”	180
1. A ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil.....	180
2. Recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados.....	181
3. Argumentos utilizados pela defesa de Fernando Collor perante a Câmara dos Deputados.....	182

4. Argumentos utilizados pela Câmara dos Deputados para receber a denúncia de Fernando Collor.....	184
5. Argumentos utilizados pela defesa de Fernando Collor perante o Senado Federal	184
6. Fundamento legal da condenação de Fernando Collor no Senado Federal	189
7. O pedido de renúncia para evitar o julgamento de Fernando Collor	190
8. O julgamento de Fernando Collor perante o Supremo Tribunal Federal.....	192
9. Fatores que levaram ao <i>impeachment</i> de Fernando Collor	193
10. O sistema presidencialista e o <i>impeachment</i> de Fernando Collor.....	196
11. Análise do Mandado de Segurança nº 21.546 impetrado no “Caso Collor” perante o Supremo Tribunal Federal.....	205

CAPÍTULO IV - A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: “CASO DILMA”.....214

1. A ação proposta pelos juristas Hélio Pereira Bicudo, Janaína Conceição Paschoal e Miguel Reale Júnior.....	214
2. Pontos fixados pelo Presidente da Câmara dos Deputados para o recebimento da denúncia.....	217
3. A argumentação política utilizada na defesa de Dilma Rousseff.....	219
4. A argumentação jurídica utilizada na defesa de Dilma Rousseff.....	229
4.1. Argumentos de defesa de Dilma Rousseff em face da edição de decretos sem número	233
4.2 Argumentos de defesa de Dilma Rousseff em face das pedaladas fiscais.....	235
4.3 O laudo técnico realizado pelos peritos do Senado Federal	237
5. Argumentos de juristas contra e a favor do <i>impeachment</i> de Dilma Rousseff...242	
6. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 378	243
6.1 Voto do Ministro Edson Fachin	247
6.2 Voto do Ministro Roberto Barroso	252
6.3 Voto do Ministro Teori Zavascki.....	262
6.4 Voto do Ministro Dias Toffoli.....	264
6.5 Voto do Ministro Luiz Fux	265

6.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes	266
6.7 Voto do Ministro Marco Aurélio	268
6.8 Voto do Ministro Celso de Mello	270
6.9 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	274
6.10 Voto da Ministra Cármen Lúcia.....	275
6.11 Voto da Ministra Rosa Weber	277
7. Comentários ao conteúdo hermenêutico da ADPF nº 378.....	279
8. O “fatiamento” dos quesitos do <i>impeachment</i> de Dilma Rousseff	290
9. Quadro comparativo do <i>impeachment</i> de Fernando Collor e de Dilma Rousseff	301
CONCLUSÃO.....	307
REFERÊNCIAS	316
LISTA DE SIGLAS.....	335

INTRODUÇÃO

Em 16 de dezembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a realizar um dos mais importantes julgamentos do período democrático pós-1988, alusivo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, que buscou tornar a interpretação da Lei 1.079/50 conhecida como a “Lei do *impeachment*” - aprovada na vigência da ordem constitucional de 1946 - compatível com a vigente Constituição da República.

Esta tese buscará investigar se no julgamento proferido no “Caso Dilma”, o Supremo Tribunal Federal manteve a mesma jurisprudência do “Caso Collor” no que pertine à definição dos papéis constitucionais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, segundo o texto do artigo 51, I e 52, I, da atual Carta Política.

Demonstrar-se-á qual tipo de racionalidade argumentativa foi utilizada nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando da análise dos “Caso Collor” e “Caso Dilma”, conforme apreciação do MS nº 21.564 e ADPF nº 378, respectivamente.

Procurar-se-á analisar se no julgamento do “Caso Dilma”, a Corte invadiu matéria *interna corporis* da competência exclusiva do Poder Legislativo, quando dispôs sobre a forma de composição e votação da Comissão Especial criada pela Câmara Federal para analisar a denúncia do *impeachment*, bem como se houve violação ao princípio da separação dos poderes. Buscar-se-á demonstrar se as Cortes Constitucionais podem agir como Poder Moderador.

Estes julgamentos revelaram o grande avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária, que é aquela feita no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os precedentes analisados demonstram que existe uma linha tênue entre política e direito. Muitas questões julgadas pelas Cortes Constitucionais do mundo inteiro têm revelado uma interface entre direito e política, fenômeno conhecido como judicialização da política.

A revista *Época*, em reportagem publicada no dia 21 de dezembro de 2015, edição de nº 915, trouxe a seguinte manchete: “O Poder do Supremo - A decisão de recomeçar o

processo de *impeachment* sob novas regras mostra que o Tribunal atuará cada vez mais como árbitro das disputas políticas do país”.¹

A reportagem se referia à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, que criou o rito do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff.

A Corte Constitucional foi duramente criticada por vários juristas, sociólogos e acadêmicos, por ter realizado o fenômeno da judicialização da política ao formular o rito para o recente processo de *impeachment*, por ter supostamente avançado de forma injustificável sobre o campo da política majoritária que é aquela feita pelo Poder Legislativo, em desrespeito ao voto popular.

Argumentou-se que decisões deste jaez colocam em risco a perda de credibilidade do próprio Tribunal que ao invés de se comportar como guardião da Constituição da República contra os excessos da Câmara dos Deputados, teria agido como legislador positivo, criando normas que não estão previstas na Carta Política de 1988.

Mais de trezentos parlamentares brasileiros subscreveram um abaixo-assinado questionando o conteúdo da decisão que alterou os papéis constitucionalmente previstos para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal, bem como a decisão de anular a forma de votação e composição da Comissão Especial destinada ao recebimento da denúncia na “Casa Baixa”.

A imprensa reconheceu que o Supremo Tribunal Federal interferiu no funcionamento do Poder Legislativo, afirmando que a decisão histórica possuía implicações políticas que poderiam influir no julgamento da Presidente Dilma Rousseff.²

A avalanche de críticas dirigidas contra o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação que regrou o “Caso Dilma” tem explicações históricas. Os processos de *impeachment* sempre despertaram as mais acirradas paixões políticas, sendo dominados por animosidades, influências e interesses que vão determinar seu julgamento final.

¹ FERNANDES, Talita. Muito além do impeachment. *Época: O Poder do Supremo*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 915, p. 47, dez 2015.

² “Ao interpretar de forma nova a Lei de 1950, que passou incólume pela Constituição de 1988 e foi posta em prática em 1992, o Supremo tomou uma decisão de dimensão histórica, não só pela implicação no jogo político, que pode definir o destino da presidente, como pela interferência que causará na rotina do Legislativo daqui para frente. A mudança terá consequências institucionais”. FERNANDES, Talita. Muito além do impeachment. *Época: O Poder do Supremo*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 915, p. 47, dez 2015.

Há mais de duzentos anos, os “federalistas” já ressaltavam que os “delitos” que sustentam o impedimento agitam as paixões da sociedade inteira, a ponto de dividi-la em partidos contra ou a favor do acusado, pondo em jogo todas as animosidades, parcialidades, influências e interesses no processo político.³

O julgamento do recente processo de *impeachment* serviu para revelar o quanto vivemos numa sociedade polarizada, dividida entre aqueles que são a favor e os que são contra a utilização do instituto para apuração dos crimes de responsabilidade, muitos afirmando que o instrumento foi utilizado para produzir um “golpe de Estado encoberto”, “golpe à democracia” e “golpe parlamentar”.

A normatização do procedimento de *impeachment* é de fundamental importância, pois o instituto é utilizado para remover do cargo um Presidente legitimamente eleito pelo voto popular. Então, as regras do jogo devem ser estabelecidas desde o seu início, para que ao final o vencido não possa anular todo o processo, com base em alegações de forma, visto que o julgamento final é político, realizado por parlamentares que se transformam em juízes, que decidem sem compromisso com a imparcialidade.

No julgamento do processo de *impeachment*, o Presidente do Supremo Tribunal Federal submeteu ao plenário do Senado a votação sobre os quesitos acerca da existência de crimes de responsabilidade. Os Senadores da República apresentarão como resposta a palavra “sim” ou “não”. Este julgamento não precisa de fundamentação legal por ser essencialmente político.

É necessário garantir ao máximo as regras do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com todos os recursos que lhe são inerentes, já que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que não é possível a revisão do mérito do processo de *impeachment* pelo Poder Judiciário.

Essas normas processuais sempre foram levadas em consideração, desde os primórdios do instituto, quando no século XIII, a Inglaterra realizou o seu primeiro julgamento por condutas consideradas *High Crimes and Misdemeanors*, ou “Altos Crimes e Contravenções” praticados por todos os súditos da Coroa.

³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 394.

O mundo moderno não consagra a ideia da total irresponsabilidade política que prevaleceu no período medieval, caracterizada pela máxima *The king can do no wrong*, que quer dizer: “o Rei não erra”. Todas as pessoas que ocupam cargos políticos devem ter responsabilidade para com o povo. Isto porque o exercício de uma função pública interessa de perto a todos os cidadãos, notadamente os que pagam vultosas quantias de impostos.

Quando se pensava que o *impeachment* “se encaminhava para o museu das antiguidades constitucionais”⁴ inglesas, e quando se dizia que na Inglaterra “os dias do *impeachment* acabaram”⁵, ele foi acolhido nos Estados Unidos da América e de lá migrou para vários países da América Latina.

O *impeachment* foi adotado na Convenção da Filadélfia de 1787, pois os americanos tinham o receio de aprovar um sistema caracterizado por um governo central forte, representado por um Presidente que detivesse todos os poderes do governo da União Federal. Os “federalistas” convenceram os “Pais Fundadores” da Constituição acerca da possibilidade de destituição do cargo o Presidente da República, caso ele viesse a cometer traição, suborno ou outros crimes e delitos – *treason, bribery or other crimes and misdemeanors*. Assim, o instituto inglês foi introduzido na Seção IV do artigo II da Carta Política dos Estados Unidos da América.

Fica claro que o objetivo do *impeachment* é a retirada do poder das mãos de quem faz uso indevido dele, bem como impedir que o cidadão seja reinvestido de poder no futuro. Pontes de Miranda assevera que o objetivo do *impeachment* é impedir que o indivíduo continue no exercício do cargo, no qual está prejudicando o país ou que volte a prejudicar o país quando lhe aprouver.⁶ Esta é a razão pela qual a pena de inabilitação é necessária, porque se não for aplicada, esvazia o instituto, ao permitir que o elemento nocivo volte a governar o país, mesmo após a prática de crimes de responsabilidade.

Destarte, analisar-se-á a decisão tomada pelo Senado Federal de “fatiar” o julgamento de Dilma Rousseff, à luz do artigo 52, parágrafo único da Constituição Federal e do direito constitucional, a fim de verificar o acerto ou não da citada decisão.

⁴ DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 9. ed. London, 1950.p. 443.

⁵ FISCHER, Édouard. *La Constitution d'Angleterre*. Trad. Fr. Ch.Voguel. Paris. 1864, v. II, p. 362.

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. T. III. 3 ed. Rev e aumentada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 127.

Vale ressaltar que historicamente há um fato que diferencia o *impeachment* inglês do americano, no primeiro caso ele é criminal, no segundo puramente político, visando à destituição do cargo do elemento indigno para a função pública.

Entretanto, há um ponto em comum entre o *impeachment* inglês e o americano, em ambos os casos, aos acusados são concedidos amplos direitos de defesa, tanto do ponto de vista formal como material.

A Constituição estadunidense determina que a Câmara dos Representantes realize o juízo de admissibilidade da denúncia, e ao Senado Federal atribui a competência para o processo e julgamento do *impeachment*, exatamente como previsto na atual Constituição da República do Brasil. Todavia, na história dos precedentes judiciais da Suprema Corte americana, não existe caso semelhante ao brasileiro, pois esta nunca foi chamada para decidir sobre rito a ser aplicado em processo de *impeachment*.

Todos os processos de *impeachment* ocorridos nos Estados Unidos da América respeitaram as competências constitucionais previamente traçadas para o processo, porque naquele país, o Presidente da República não se afasta da Chefia do Executivo Federal, enquanto responde a acusação da prática de traição, suborno, ou altos crimes e contravenções.

No Brasil os ex-Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff promoveram medidas jurídicas perante o Supremo Tribunal Federal, solicitando esclarecimentos acerca do rito do *impeachment* que seria aplicado nos anos de 1992 e 2016, respectivamente. A nossa Constituição Federal determina expressamente que o Presidente da República será afastado provisoriamente do cargo, pelo prazo de cento e oitenta dias, assim que o processo for instaurado no Senado Federal.

Por outro lado, a história política norte-americana narra que dois ex-Presidentes foram submetidos ao processo de *impeachment*. O mais recente julgamento demonstra que o acusado Bill Clinton permaneceu no cargo durante todo o tempo do processo. Da mesma forma ocorreu com Andrew Johnson que era Vice-Presidente quando ocorreu o assassinato de Abraham Lincoln. Os dois Presidentes foram inocentados das acusações feitas perante o Parlamento.

O efeito do *impeachment* é avassalador, o ex-Presidente Richard Nixon preferiu renunciar ao cargo para não sofrer a humilhação de ser submetido a um processo desta magnitude. O instituto já foi usado também contra governadores, senadores, juízes e outras autoridades federais.

Devido às graves consequências decorrentes do julgamento de *impeachment*, não só para o agente político que foi destituído do cargo, mas, também para a nação, já foram propostas emenda à Constituição americana, no sentido de eliminá-lo do ordenamento constitucional. Todavia, todas as propostas foram rejeitadas e arquivadas, sob o argumento de que o instituto tem sido considerado um dos mais poderosos meios de manter o *check and balance* do sistema de separação dos poderes.

Pode-se dizer que o *impeachment* é um instrumento de controle horizontal dos crimes presidenciais, exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, situação que a doutrina estrangeira denominou de horizontal *accountability*.

O fortalecimento do Poder Executivo se constitui numa doença que desestabiliza o sistema de freios e contrapesos. Isto porque o presidencialismo é um regime conhecido pelo personalismo, pelo excesso de bajulações em virtude da grandeza de poderes concentrados na pessoa do Presidente. Ackerman destaca os riscos ao regime de *check and balance* decorrente do fortalecimento do Poder Executivo, ressaltando os perigos de um regime presidencialista imperial.⁷

Em outras palavras, tem-se que o *impeachment* visa proteger as instituições democráticas contra os excessos do presidencialismo, o qual se constitui num instrumento excepcional de equilíbrio e não instrumento de exceção.⁸

O *impeachment* está previsto no Brasil desde a Constituição da República de 1891. Todavia, a Constituição do Império de 1824 já contemplava mecanismos legais de responsabilização dos Ministros de Estado, bem como a Lei de 15 de outubro de 1827, que regulamentava alguns artigos daquela Carta. O modelo adotado pela Constituição de 1891 foi

⁷ACKERMAN, B. A. & Ebrary Academic Complete, 2010. *The decline and fall of the American republic*. Cambridge, Mass.: Delknap Press of Havard University Press.

⁸ “É preciso deixar claro: o *impeachment* é instrumento excepcional de equilíbrio e não instrumento de exceção. Supor que o sistema presidencialista estaria em cheque pela ocorrência do impedimento é defender um sistema de tal forma rígido e engessado que submeteria a República a arbitrariedades de um “monarca eleito”. Em outras palavras, o *impeachment* dialoga com a soberania popular, mediante arranjo sábio entre as instâncias políticas e jurídicas do País. Nesse cenário, a alegação de que o presente *impeachment* é um golpe é absolutamente descabida e desprovida de amparo fático e legal. Pelo contrário, o *impeachment* é justamente um mecanismo constitucional que previne rupturas institucionais, repito. Desse modo, desde já, merece contraponto a estratégia da defesa de desqualificar o instituto do *impeachment*, o procedimento em curso, os autores da denúncia e os segmentos e parlamentares apoiadores da iniciativa, associando-os, com alarde na esfera interna e internacional, às práticas golpistas e à quebra da ordem democrática. Na verdade, é a própria Senhora Presidente da República que, em discurso pessoal de defesa, em todas as tribunas institucionais, desde o início da tramitação do procedimento, vem propagando um discurso retórico de desconstrução da legitimidade do *impeachment* que ora se relata”. Destaque do autor. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

bastante influenciado pelo constitucionalismo norte-americano, quando trata dos casos de impedimento do Chefe do Executivo Federal. Da Monarquia passou para a República, de Estado unitário passou para federação e do sistema parlamentarista passou para o presidencialismo.

Depois da Constituição de 1891, o *impeachment* permaneceu vivo nas demais Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, como um freio posto nas mãos da legislatura para conter os ímpetos dos agentes políticos que ocupam os mais altos cargos da República.

Apesar de encontrar-se previsto em todos os documentos constitucionais da República, o processo de impedimento foi utilizado no “Caso Collor” o primeiro a ocorrer no Brasil, bem como o primeiro que se consumou nos Estados que adotam o presidencialismo em todo o mundo. Recentemente tivemos o processo de impedimento de Dilma Rousseff. Isto demonstra que o *impeachment* é um instrumento que deve ser utilizado de forma excepcional, em casos de graves crises institucionais e políticas.

Os elementos que catalisam o impedimento de Presidente da República são a falta de consenso político e uma firme fundamentação jurídica, prevista na Constituição Federal e na Lei especial que rege o processo – Lei 1.079/50. No entanto, Paulo Brossard salienta que apesar de o ordenamento constitucional exigir a prática de crimes de responsabilidade para a deflagração do processo de impedimento, o elemento político se insinua sobre o jurídico: “o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem políticas e julgado segundo critérios políticos”.⁹

As infrações praticadas pelo Presidente da República que autorizam a abertura do processo de *impeachment* são considerados atos que atentam contra a Constituição Federal. O direito constitucional brasileiro faz a distinção entre crimes de responsabilidade e crimes comuns. Embora utilize a palavra crimes para ambos os casos, apenas os últimos aparentam ser delitos penais típicos com previsão no Código Penal e leis extravagantes. No entanto, as condutas que ensejam a responsabilização política são impropriamente denominadas de “crimes”, mas na verdade são infrações político-administrativas com penalidades essencialmente políticas.

⁹ PINTO, Paulo Brossard de S. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 76.

Quando o Presidente da República pratica crimes comuns, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo as normas penais e normas processuais previstas no Código de Processo Penal, podendo ser beneficiado pela prescrição ou outras causas de extinção da punibilidade.

No processo político de *impeachment* não há possibilidade de dosimetria da pena, pois o julgamento é na base do “tudo ou nada”; se o acusado for condenado sofrerá as penalidades previstas no artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, se absolvido permanecerá no cargo.

O artigo 85 da Constituição Federal possui uma tipificação enunciativa acerca dos crimes de responsabilidade, deixando a especificação para a Lei especial nº 1.079/50. Os crimes de responsabilidade devem violar não só a lei infraconstitucional, como também a Constituição.

O *impeachment* sempre esteve presente na vida política brasileira, transformando-se numa atividade rotineira em nosso presidencialismo. Na vigência da Constituição de 1946, vários Chefes de governo tiveram pedido de impedimento, a saber: Café Filho, Campos Salles, Arthur Bernardes, Floriano Peixoto e Hermes da Fonseca. Não tiveram pedido de abertura desse tipo de processo os ex-Presidentes Marechal Dutra e Jânio Quadros.

Getúlio Vargas e seus Ministros foram alvo de tentativa de *impeachment*, mas o Parlamento rejeitou a acusação, arquivando a denúncia. O mesmo aconteceu com Juscelino Kubitscheck. O Presidente José Sarney foi a primeira vítima deste expediente. Itamar Franco teve duas tentativas rejeitadas pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Contra o ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso foram apresentados 26 pedidos. Contra o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, em seu primeiro mandato, intentaram-se 28 representações. Em nenhum desses casos as iniciativas prosperaram.

Somente dois processos de *impeachment* contra Presidentes da República foram concluídos no Brasil.

O primeiro foi proposto contra Fernando Collor e em certa medida marcou a consolidação da democracia no país, sendo o primeiro Presidente da República eleito depois do regime militar a sofrer as penalidades decorrentes do *impeachment* em toda a história do Brasil. O jovem Presidente despertou muitas paixões ao fazer uma campanha política prometendo cassar os “marajás”, referindo-se aos corruptos da República.

Logo em seguida foi denunciado pelo seu irmão Pedro Collor de Mello, o qual delatou a existência de uma rede de corrupção capitaneada por Paulo César Farias, ex-tesoureiro do então Presidente, dando ensejo à abertura de investigações que revelaram a existência de várias contas “fantasmas” em nome de pessoas da confiança de Fernando Collor.

A Comissão Parlamentar de Inquérito concluiu que as despesas do ex-Presidente eram incompatíveis com a sua renda, descobrindo-se que as sobras de dinheiro da campanha política de 1989 foram utilizadas para pagá-las, bem como para custear a “Casa da Dinda”, em clara afronta à legislação eleitoral. Ao final do processo concluiu-se que o ex-Presidente usava dinheiro angariado com as empresas que financiaram a sua campanha política, formando o “Caixa 2”. Com base nestes fatos o Parlamento Nacional cassou o mandato de Fernando Collor no dia 29 de dezembro de 1992.

O *impeachment* não é um processo político exclusivo do Brasil, alguns países latino-americanos já destituíram do cargo de Presidente da República os seus Chefes de Estado. O *impeachment* de Fernando Collor no Brasil em 1992 serviu de inspiração para que a Venezuela decretasse o impedimento de Carlos Andrés Pèrez, no ano de 1993, o qual encontrava-se no exercício do segundo mandato presidencial. No ano de 2012 o Parlamento paraguaio protagonizou a realização de um processo de *impeachment* contra o ex- Presidente Fernando Lugo. A história do instituto na América Latina está associada à instabilidade política, crises econômicas, escândalos de corrupção e falta de apoio político no Parlamento.

O segundo caso de *impeachment* foi o de Dilma Rousseff, a qual foi acusada de ter cometido atentado contra a Constituição através da edição de decretos de abertura de créditos suplementares sem a autorização do Congresso Nacional, bem como a prática das chamadas “pedaladas fiscais”, caracterizadas pela contratação ilegal de operações de crédito. O pano de fundo do recente processo de *impeachment* é a crise moral, evidenciada através de um perverso esquema de corrupção que sangrou os cofres públicos, levando a nação a um grave caos econômico e político que provocou a falta de governabilidade da ex-Presidente. Tais fatos levaram o Tribunal de Contas da União a reprovar as contas de Dilma Rousseff referentes ao ano de 2014, gerando o fortalecimento da tese de que havia fundamento legal para um processo por crime de responsabilidade contra a então Chefe do Executivo Federal.

Por outro lado, a ex-Presidente não tinha o apoio político da Presidência da Câmara dos Deputados, que deliberadamente inviabilizou o seu mandato, promovendo uma agenda

política hostil ao governo, mediante as chamadas “pautas-bombas”, que acabaram produzindo um desgaste insanável para o governo.

Aliada aos fatos que propiciaram a instabilidade política do Governo Dilma Rousseff, está a condenação de importantes membros do governo e do seu partido político, no processo conhecido como “Mensalão”, e, em seguida, a “Operação Lava Jato” que revelou um escandaloso esquema de corrupção na Petrobras, empresa petrolífera brasileira.

A exposição destes fatos provocou a realização de protestos nas ruas de várias cidades do país, pedindo abertamente a destituição da ex-Presidente. Os defensores de Dilma Rousseff sustentaram que a sua queda foi em grande parte provocada pela “mídia golpista”, que dava publicidade exagerada a cada nova denúncia de corrupção, numa espécie de indignação seletiva contra o Partido dos Trabalhadores.

A grande exposição pública dos ilícitos criminais e a incapacidade de negociação política de um governo fraco e impopular fomentaram a criação de condições políticas para a abertura do processo de impedimento pela Câmara dos Deputados.

Entretanto, é forçoso reconhecer que no Brasil, o instituto do *impeachment* não tem por escopo a retira do cargo de Presidente da República de mandatário impopular, visto que o processo de impedimento está atrelado à prática de crimes de responsabilidade. Desse modo, investigar-se-á forma alternativa para que o povo possa democraticamente retirar o Chefe do Executivo do cargo, como ocorre em vários países da América Latina, que utilizam do referendo revogatório ou *recall* utilizado por alguns Estados da América do Norte.

A tese foi dividida em quatro capítulos, os quais apresentam o seguinte sumário:

Capítulo 1 - A hermenêutica e a argumentação constitucional. Comentam-se teorias hermenêuticas; sobretudo o fenômeno da interpretação judicial, bem como o ativismo judicial utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Capítulo 2 – O processo político de *impeachment*. Analisa-se o *impeachment* em várias partes do mundo, sua natureza, a possibilidade de renúncia do cargo para evitar a pena de inabilitação de função pública, bem como a sindicabilidade do processo pelo Supremo Tribunal Federal das questões decididas pelo Senado Federal enquanto Tribunal Judiciário;

Capítulo 3 – A judicialização do *impeachment*: “Caso Collor”. Discorre-se sobre as causas que deram origem ao processo de Fernando Collor, bem como o julgamento do Mandado de Segurança nº 21.564 que criou o primeiro rito do *impeachment* no ano 1992;

Capítulo 4 – A Judicialização do *impeachment*: “Caso Dilma”. Examinam-se as causas que deram origem ao processo de Dilma Rousseff, bem como o julgamento da ADPF nº 378, que criou o segundo rito do *impeachment* no ano de 2015.

Para realizar esta pesquisa recorreu-se à investigação documental, o que favoreceu uma avaliação qualitativa dos dados. O desenvolvimento do estudo com pesquisa qualitativa pressupõe o corte de determinado fenômeno por parte do pesquisador.

A metodologia qualitativa, em certa medida, assemelha-se à forma de interpretação dos fenômenos cotidianos, com dados que possuem natureza análoga aos que o pesquisador utiliza na técnica quantitativa.¹⁰

Ressalte-se, por fim, que as citações de fontes estrangeiras, quando não esclarecido diferentemente, foram livremente traduzidas pela autora desta tese.

¹⁰ MAANEN, John V. reclaiming qualitative methods for organizational research: a preface. *Administrative Science Quarterly*. Vol. 24, Nº 4, December 1979^a, p. 521.

CAPÍTULO I - A HERMENÊUTICA E A ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Hermenêutica e interpretação

Diz o poeta espanhol: “No hay camino, se hace camino al andar”.¹¹ É justo afirmar que na vida não há um caminho pronto pelo qual devemos trilhar, cada ser humano faz o seu próprio caminho e escreve a sua própria história. Ainda refletindo poeticamente, podemos dizer que o intérprete mantém vivo o “espírito das leis”. A interpretação é alma do texto, sem ela o texto é um ente inanimado, morto, uma folha de papel amarelada pelo tempo.

O texto sem interpretação não está apto a regular as relações do homem em sociedade, vale dizer, não há direito que prescindia da interpretação, sob pena de se tornar obsoleto, caduco, imprestável para continuar regulando a vida e a dinâmica dos fatos sociais. Perez Royo afirma que a interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito não pode livrar-se da interpretação.¹² De Page assevera que a lei é uma forma incompleta e tardia e que depende da doutrina e da jurisprudência para encontrar novos caminhos.¹³

A interpretação jurídica é um saber fundamental para o operador do direito, tanto que Robert Cover diz que ela acontece num campo de dor e morte, pois uma má compreensão do texto pode trazer sérias consequências: “(...) O juiz articula o seu entendimento sobre um texto e, como resultado, alguém perde a sua liberdade, a sua propriedade, os seus filhos e, até, a sua vida”.¹⁴

O fato em si não existe para o mundo jurídico, o que existe é o fato interpretado. Quando o fato passa a ter uma relevância jurídica ele já passou pelo filtro do jurista, advogado, delegado, promotor de justiça e do magistrado. Como bem disse Nietzsche: “Não existem fatos, mas apenas interpretações de fatos, assim como não existe experiência de verdade a não ser como ato interpretativo”.¹⁵ Só à luz da interpretação algo se converte em

¹¹ MACHADO Y RUIZ, A. *Poesías Completas*. Madrid: Espasa Calpe, 1997. p. 229.

¹² BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.610.

¹³ DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Vol I. Bruxelles: Librairies des Sciences Juridiques, 1925. p. 74-75.

¹⁴ COVER, Robert. “Violence and the Word.” *Yale Law Journal*, vol. 95, p. 1601, (1985-1986).

¹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Fragments finais*. Brasília: Editora da UNB, 2002, p.157.

“fato” e uma observação possui caráter informativo.¹⁶ Se não existem fatos, mas apenas fatos interpretados, pode-se dizer, igualmente, que não existem normas, mas apenas normas interpretadas, o que, além de evidenciar a correlação essencial entre ato normativo e ato hermenêutico, entre ato legislativo e ato judicial, enfim, entre criação e interpretação do direito, permite considerar-se que a interpretação/aplicação dos enunciados jurídicos constitui a última fase do processo legislativo.¹⁷

A interpretação passará obrigatoriamente pelas lentes deformadoras da subjetividade de que fala Gadamer, isto quer dizer que não existe o fato objetivo, mas o fato interpretado, e modificado pelas pré-compreensões de quem o analisa.¹⁸

A razão de ser da interpretação está na medida em que os textos não falam por si mesmos, mas falam pelos seus aplicadores ou por aqueles “seres inanimados que pronunciam as palavras da lei”, na visão ultrarreacionária de Montesquieu.¹⁹ A interpretação acontece porque a lei não exaure o direito, muito pelo contrário, a interpretação/aplicação do direito exige do julgador uma postura que vá além do sentido literal dos textos legais. Para o aplicador do direito a verdade é apenas uma probabilidade, nunca uma certeza, de tal forma que ele jamais poderá jactar-se de conhecer perfeitamente a verdade. Toda interpretação é uma criação de textos novos em cima de textos velhos.

Alguns estudiosos sustentam que há uma diferença entre hermenêutica e interpretação, no entanto, Celso Bastos afirma que esta colocação é considerada sem efeito prático e pouco relevante para a teoria da interpretação constitucional.²⁰

A hermenêutica é o meio utilizado para alcançar a compreensão ou o bom entendimento.²¹ Pode ser considerada a ponte para a compreensão de um texto antigo, com a finalidade de restaurar uma comunicação perdida em algum lugar da história.²² Consiste numa

¹⁶ GADAMER, Hans G. *Texto e interpretación, in Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. 2, 1994, p. 328.

¹⁷ REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72-82.

¹⁸ GADAMER, Hans G. *Verdade e Método*. Trad. Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p.416.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de S. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2010. p. 175.

²⁰“Raúl Canosa Usera entende que a ideia de Betti de enquadrar a interpretação jurídica numa classe da atividade humana mais ampla, estudada pelo mestre italiano denominada hermenêutica, não é, na prática, em nada relevante para a teoria da interpretação constitucional que vai o autor desenvolver amplamente em sua obra”. BASTOS, Celso R. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p.19.

²¹“O termo “hermenêutica” deriva de Hermes, o deus da compreensão, encarregado de levar as mensagens aos homens. Segundo a mitologia grega, descobriu a linguagem e a escrita, necessários para alcançar significado das coisas e transmiti-las aos demais”. SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.268.

²²“Por sua determinação originária, a hermenêutica é a arte de explicar e transmitir, pelo esforço próprio da interpretação, aquilo que, dito por outrem, nos vem ao encontro na tradição, sempre que não seja compreensível

busca de transposição de obstáculos à compreensão objetivando uma aproximação da mente com o objeto interpretado. Betti estabelece condições prévias para a compreensão correta e destaca a abertura de espírito e auto-anulação para preencher a lacuna entre o intérprete e o seu objeto.²³ Para o início da compreensão o intérprete deve procurar livrar-se de seus preconceitos e admitir que em princípio o seu debatedor pode ter razão, caso contrário irá dialogar consigo mesmo.

O intérprete deve também adotar uma atitude de reflexão e humildade, para reconhecer nas diferenças, a grandeza da obra humana, extraindo as lições necessárias para o seu crescimento intelectual, espiritual e emocional.

O direito é composto das complexas relações humanas que se desenvolvem no interior das sociedades, gerando fatos sociais que depois de regulados, passam a compor o ordenamento jurídico. Portanto o direito está inserido entre as ciências do espírito, assim como a sociologia, psicologia, filosofia e as ciências sociais. As ciências naturais são regidas por leis imutáveis, representadas por raciocínios lógico-dedutivos, regulados pelo silogismo aristotélico.²⁴

Da mesma forma que uma partitura musical muda e fria só se converte em emocionantes acordes nas mãos do seu intérprete, o direito como objeto cultural, não prescinde da interpretação de suas leis, que variam no tempo e no espaço. O objeto da interpretação jurídica é a lei, diferentemente dos outros objetos culturais, que podem ter por finalidade a interpretação de uma peça teatral, obra de arte ou um texto literário.

de modo imediato”. COELHO, Inocêncio M. *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*. São Paulo:Saraiva, 2010. p. 324.

²³“Betti salienta a necessidade, por parte do intérprete, de empenhar toda a sua sensibilidade. Insere na rubrica ‘Condições metateóricas do processo de interpretação’, o interesse pela compreensão, atenção, abertura de espírito e auto-anulação: um interesse específico, puramente intelectual, na compreensão determina o grau de empenhamento na compreensão; atinge o seu ponto máximo quando a vontade de compreender parte de uma necessidade real. A existência de uma lacuna entre o intérprete e o seu objeto – que levou, inicialmente, à aplicação de processos interpretativos – necessita de uma abordagem reflexiva que reconhece a diferença’ das objectivações da mente e, simultaneamente, estimula e orienta o aparelho receptor do intérprete; em termos negativos, esta reflexividade surge como auto-anulação e humilhação, como *pietas vis-à-vis* da magnificência de uma outra *humanitas*”. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea* Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa:Edições 70. p. 54.

²⁴“Ao “silogismo”, literalmente conjunto de discursos, isto é, concatenação, sequência e, portanto, raciocínio, argumentação ou, mais propriamente dedução, Aristóteles dedicou o tratado que precede os Segundos analíticos, isto é, os Primeiros analíticos: estes tratam, com efeito, do silogismo em geral, aqueles de um silogismo particular, exatamente o científico ou demonstrativo. O silogismo em geral é definido por Aristóteles como um discurso, isto é, um raciocínio, uma argumentação na qual, postas algumas “premissas” (ao menos duas, denominadas respectivamente “maior” e “menor”), alguma coisa de diverso delas (denominada “conclusão”) resulta necessariamente, somente pelo fato de existirem (Segundos analíticos I 1, 24 b 18-20). As premissas, portanto, são as causas necessárias e ao mesmo tempo suficientes da conclusão, por isso a conclusão resulta necessariamente delas”. ENRICO, Berti. *As Razões de Aristóteles*. São Paulo:Loyola, 1998, p. 05.

Savigny entende que a interpretação consiste numa reconstrução da lei, numa elucidação, de modo a operar uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.²⁵ Radbruch afirma que a interpretação busca estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito.²⁶

O objeto da interpretação é a norma jurídica contida em leis, regulamentos, costumes. Bleicher afirma que a hermenêutica é tanto arte como ciência; procura reconstruir o ato criador original – “como realmente foi”.²⁷ Schleiermacher afirma que a aplicação das normas da hermenêutica permite compreender o significado de um determinado texto, mais do que o seu próprio autor: “Mas há mais: existindo um conhecimento histórico e linguístico adequado, o intérprete encontra-se em posição de compreender melhor o autor do que este se compreendeu a si próprio”.²⁸ Larenz leciona que a interpretação é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido do texto que se lhe torna problemático.²⁹

A interpretação visa a princípio esclarecer o sentido determinante de uma proposição jurídica.³⁰ Maximiliano sustenta que a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.³¹ Engisch afirma que a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos.³²

A interpretação é fundamental para a compreensão dos textos, visto que estes não possuem um único significado, mas vários significados, dependendo dos seus signos linguísticos. Neste sentido, não existe na lei univocidade, ou seja, não existe um único sentido possível, existe uma gradação entre aquilo que é mais óbvio e aquilo que é mais contestável. Ultrapassadas as dificuldades da linguagem e da gramática, o intérprete precisa mediar o que está para ser interpretado (objeto da interpretação e os destinatários do objeto interpretado),

²⁵SAVIGNY, Friedrich K V. *Juristische methodenlehre*. p. 18-20, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.447.

²⁶RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*, 5. ed., p. 210, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo:Malheiros, 2014. p.447.

²⁷BLEICHER, Josef, cit., p. 29.

²⁸Idem, *ibidem*, p.28.

²⁹LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.p. 439.

³⁰Idem, *ibidem*, p. 445.

³¹MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 01.

³²ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 126.

tendo-se em mente que a interpretação jurídica é sempre formulada em virtude de um caso concreto que necessita de uma solução.³³

Não há norma jurídica que dispense interpretação, mesmo quando se invoca o princípio *in claris cessant interpretatio*, para se dizer que a lei é clara, há um esforço interpretativo que busca estabelecer qual o seu sentido e conteúdo, procurando tornar concreto os atributos da abstração e da generalidade. As leis, por mais claras que sejam, sempre deixam uma certa margem para as interpretações criativas do juiz, que se intensificam sobremaneira com a abundante produção legislativa dos últimos tempos. Konrad Hesse afirma que onde não existe dúvida não se interpreta e com frequência não faz falta interpretação alguma.³⁴

A hermenêutica tradicional considera que a interpretação consiste numa “reconstrução” do sentido das palavras, fazendo com que o legislador ao elaborar as leis olhe para o futuro, para os fatos que pretende regular. O magistrado ao aplicar a lei olha para o passado, para o contexto histórico que ensejou a escolha de certos fatos como passíveis de regulamentação, fazendo a reconstrução das suas hipóteses, sentido e alcance, no momento da sua interpretação/aplicação.³⁵

A interpretação faz parte da rotina de todos os operadores do direito em todos os lugares que tenham um sistema jurídico organizado. Assim, há que interpretar e reinterpretar sempre.

O legislador começa escolhendo e interpretando certos fatos como passíveis de regulamentação jurídica, excluindo os que estão naquela zona denominada espaço livre do direito. A ordem jurídica deixa de regular alguns fatos por entender que não pode invadir certos espaços de liberdade dos indivíduos, pensamentos, sentimentos, opiniões, crenças, simpatias e antipatias.³⁶ Kaufmann entende que a ordem jurídica renuncia conscientemente a uma valoração para deixá-la à decisão moral do indivíduo, de forma a garantir o exercício de

³³BASTOS, Celso R., cit., p.14.

³⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Vilallón. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 35-36.

³⁵ “Betti dividiu a interpretação em três tipos: a interpretação recognitiva, reprodutiva e a aplicação normativa. A primeira é uma compreensão que tem um fim em si mesma, a segunda visa à comunicação de alguma experiência e a terceira destina-se a fornecer orientações para a ação.” BLEICHER, Josef, cit., p. 62.

³⁶ “Mesmo a doutrina do século XIX conheceu, por isso, um denominado “espaço livre de Direito, enquanto sector que a ordem jurídica deixa de regular. O Direito é uma ordem de relações intersubjectivas sob a exigência da justiça, especialmente na medida igual para todos. Os fenómenos e modos de comportamento do foro puramente interno, os pensamentos, sentimentos, opiniões, crenças, simpatias e antipatias, não são susceptíveis, por natureza, de uma regulação jurídica”. LARENZ, Karl, cit., p. 526.

liberdades pessoais.³⁷ Excluindo-se esses fatos que estão livres de regulamentação, quase todos os acontecimentos de importância para a vida em sociedade são objeto de regras jurídicas, e, portanto, objetos de interpretação.

A interpretação moderna distancia-se da interpretação tradicional, pois esta preocupa-se exclusivamente em extrair o sentido e as orientações contidas nas leis, mas, aquela se preocupa com as pré-compreensões do intérprete, as quais exercerão profunda importância no momento da concretização dos direitos.

2. Interpretação e pré-compreensão

A hermenêutica contemporânea, baseada nos trabalhos de Martin Heidegger “Ser e Tempo” e de Hans-Georg Gadamer “Verdade e Método”, inaugura um novo paradigma, no qual não é considerada como um simples método das ciências do espírito, mas um modo de compreendê-las através da interpretação dentro da tradição. Nessa nova hermenêutica, a interpretação deixa de ser vista sob a perspectiva normativo-metodológica, mas como algo inerente à totalidade da experiência humana, vinculado à sua condição de possibilidade finita, sendo uma tarefa criadora circular que ocorre no âmbito da linguagem como meio de acesso ao mundo e às coisas. A hermenêutica pode ser classificada como teleológica, filológica e jurídica, e que somente as três juntas comportam o seu conceito pleno.

A hermenêutica atual aparta-se da interpretação de cunho tradicional, que trabalha na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance a metodologia correta através da descoberta do sentido correto, ou da interpretação correta. Heidegger criou o conceito de pré-conceito, ou seja, visão prévia, concepção prévia, pré-juízo.³⁸

³⁷LARENZ, Karl, cit., p. 587.

³⁸“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. (...) em todo o princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente ‘já põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”. HEIDDEGER, Martin. *Ser e tempo*. 2.ed. Rio de Janeiro:Vozes, 1988, Parte I. p. 207-207.

Gadamer levou adiante a obra do mestre Heidegger, falando de pré-conceito como sinônimo de pré-compreensão. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do “ter de se haver com a coisa em questão”.³⁹

Toda compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é formada por uma tradição onde está inserido o indivíduo. A pré-compreensão constitui-se numa bagagem pessoal de fatores biológicos, psicológicos, sociais, religiosos e culturais que vão plasmando a identidade do ser enquanto elemento pensante, mutante e finito, situado em algum lugar na história; todavia não significam valorações positivas ou negativas ou um falso juízo.⁴⁰

Assim vistas as coisas, toda interpretação será apenas uma interpretação, entre muitas outras, igualmente possíveis e/ou aceitáveis, desde que se observem critérios mínimos de racionalidade, a cuja luz não se avalizam interpretações que se considerem manifestamente absurdas, até porque mesmo as valorações “pessoais” do aplicador do direito devem ter alguma penetração na comunidade a que são endereçadas e perante a qual ele deve justificar os seus critérios de valoração.⁴¹

Os pré-juízos de um indivíduo constituem a realidade histórica do seu ser que produzem uma deformação da realidade, ou como salientou Gadamer são as “lentes deformadoras da subjetividade”.⁴² O ponto de vista individual é o único ponto de vista a partir do qual nós podemos verdadeiramente ver o mundo, porque a realidade – precisamente por ser realidade e se achar fora das nossas mentes individuais - apresenta-se em perspectivas e só pode chegar até nós multiplicando-se em mil faces.

A pré-compreensão do jurista requer um longo processo de aprendizagem em que se incluem tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação quanto posteriormente, com as últimas experiências profissionais e extraprofissionais, mormente as que dizem respeito aos fatos e contextos sociais.⁴³

O juiz – como qualquer outro cidadão – possui a suas concepções prévias que irão influir no momento do julgamento. Nos Estados Unidos da América, essas pressuposições são muito mais marcantes, fazendo com que se conheça de antemão qual será a posição de dado

³⁹GADAMER, Hans G., cit., p. 441.

⁴⁰ Idem, ibidem. p. 407.

⁴¹GOLDING, Martin. *Filosofia e Teoria do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 32 e 54-55.

⁴²GADAMER, Hans G., cit., p. 416.

⁴³LARENZ, Karl, cit., p. 288-289.

Juiz da Suprema Corte - se conservador ou liberal - quando se trata de julgamentos de questões que envolvem temas polêmicos como o aborto e questões raciais.⁴⁴

O juiz também possui muitas pré-compreensões que vão influenciar profundamente a qualidade de suas decisões. De tal forma que falar em juiz neutro seria uma “impossibilidade antropológica”, nas palavras de Zaffaroni.⁴⁵

Todo juiz é contaminado pelas suas raízes históricas, tradições onde cresceu, família, religião, de forma que nunca se encaminha “virgem” para a decisão dos casos que tem diante de si para julgar.⁴⁶

O peso das tradições é tão grande que o julgador não consegue livrar-se delas, de tal forma que a imparcialidade do juiz consiste, apenas, em que, nos conflitos interindividuais, ele não pode “tomar partido”, devendo, arbitrar essas disputas com a maior isenção possível.⁴⁷ Por mais que o juiz se esforce para ser objetivo, o juiz sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais em que atua, pelos seus sentimentos, inclinações, emoções, valores ético-políticos. Em todo juízo sempre estará presente alguma dose de pré-juízo.⁴⁸

Gadamer afirma que o processo de compreensão envolve a junção da experiência histórica revelada na elaboração do documento constitucional e a experiência do intérprete/aplicador do direito. O processo dialético da compreensão é uma atividade infinita, porque uma interpretação que até então parecia adequada, mais adiante pode se mostrar incorreta; ou porque, de acordo com a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que precisamente para aquela época e para o que na época se sabe, serão melhores ou mais adequados do que outras.

Daí a utilização, por diversos autores, de figuras ou imagens geométricas – círculo, espiral, hélice cônica – para descrever a abertura e a infinitude desse processo, em verdade, meros reflexos de iguais atributos do próprio espírito humano.⁴⁹

Na hermenêutica gadameriana não é possível entender-se o todo sem entender as partes e vice-versa; constituindo-se o círculo hermenêutico uma especificidade do processo da

⁴⁴ ORTEGA, José y G. *Verdad y Perspectiva*, in *El Espectador*. Obras Completas. Madrid: Revista de Occidente, Tomo II, 1963, p. 1

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 109.

⁴⁶ KAUFMANN, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007, p. 12.

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da realização do Direito*. In *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 2º, 1995, p. 275.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Apud* ABELLÁN, Marina G. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 36.

⁴⁹ COELHO, Inocência M. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 19.

compreensão; sendo designado como o “cânone da totalidade e da coerência significativa”.⁵⁰ Manifesta-se, pelo menos, sob três formas básicas. A primeira, na relação entre a pré-compreensão, como hipótese de interpretação e o texto a ser interpretado; a segunda, na vinculação entre a norma e o sistema a que ela pertence; a terceira, finalmente, na implicação entre as normas, como fórmulas gerais e abstratas, e os fatos, como dados singulares e concretos.⁵¹

A interpretação deve ser realizada no seu sentido global, pois se feita de forma parcial não alcançaria o seu objetivo. O autor também ressalta a importância das tradições para a compreensão, asseverando que o círculo da compreensão não possui uma metodologia própria, pois ocorre dentro de cada ser.⁵²

Além das ideias de pré-conceito e de círculo hermenêutico de Heidegger, Gadamer acrescenta a sua contribuição basilar à hermenêutica, qual seja, o elemento essencial do processo hermenêutico é a aplicação concreta das regras, e não simplesmente a sua interpretação abstrata: “Aqui, compreender é sempre também aplicar”.⁵³

Neste sentido Gadamer é preciso:⁵⁴ “Nisto, nossas considerações nos forçam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete.” Mais adiante diz que a interpretação/aplicação consiste num processo unitário.⁵⁵

Os textos legais devem ser interpretados tomando por base os casos fáticos, não sendo permitida a interpretação abstrata separada do caso prático, do calor da vida e dos acontecimentos históricos. A proposta da hermenêutica jurídica de Gadamer considera a aplicação um momento indispensável ao processo de compreensão, ou seja, que compreender sempre foi, também, aplicar; que a tarefa da interpretação consiste em aplicar a lei em cada caso concreto.

⁵⁰BLEICHER, Josef, cit., p. 26.

⁵¹ALEXANDER, Robert. *Teoría Del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1995, p. 39-44.

⁵²“A antecipação de sentido que guia nossa compreensão de um texto não é um ato da subjetividade senão que se determina desde a comunidade que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição, esta comunidade está submetida a um processo de contínua formação. Não é simplesmente pressuposto sob o que nos encontramos sempre, senão que nós mesmos a instauramos enquanto que compreendemos, participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando assim desde nós mesmos. O círculo da compreensão não é neste sentido um círculo “metodológico” senão que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão”. GADAMER, Hans G., cit., p. 363.

⁵³Idem, ibidem, p. 461.

⁵⁴Idem, ibidem, p. 460.

⁵⁵“(…) considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação.” Idem, ibidem. p. 460.

A aplicação não é uma fase última e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto. A interpretação é um processo cognitivo, através do qual o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que ele se encontra – o aqui e o agora – , pois o ato de concretização de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor.⁵⁶

Como salienta Jerome Frank, as pré-compreensões do juiz o conduzirão a uma intuição do que é justo, para logo depois deste *feeling*, buscar no ordenamento jurídico alguma base legal para a decisão previamente tomada: “não é de causar espanto dizer-se que todo juiz – levado pela sua pré-compreensão do justo na causa a decidir – sentencie antes e, só depois, trabalhando “para trás”, saia em busca de fundamentos que sustentem as suas decisões”.⁵⁷

A primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do dever de se haver com a coisa em questão.⁵⁸ A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.⁵⁹

3. Interpretação estática

A interpretação tradicional tem no modelo estático o seu principal referencial. Esta forma de interpretação diz respeito ao conhecimento da norma, ou seja, a fixação de elementos que servem de orientação ao intérprete. Kelsen – maior expoente deste modelo - preocupou-se em sistematizar a ciência do direito, tendo criado uma metodologia composta de dois sistemas normativos, um estático e outro dinâmico. Através do primeiro procurou

⁵⁶COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, cit., p.31.

⁵⁷FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México:Fontamara, 2001. p. 92

⁵⁸GADAMER, Hans G., cit., p. 441.

⁵⁹Idem, *ibidem*, p.459.

demonstrar a validade do ordenamento jurídico, enquanto o sistema dinâmico refere-se à criação do direito pelos órgãos judiciais.

Acerca do sistema estático, pode-se dizer que Kelsen se preocupava com a validade das normas, sendo, portanto, este requisito suficiente para regular a conduta humana.⁶⁰ Neste sistema, as normas são válidas e como tal obriga os indivíduos, os quais deverão segui-las literalmente, na pressuposição de que as normas são válidas porque possuem no seu conteúdo “um atrativo a elas inerente”.

A conduta dos indivíduos é considerada como devida por força do seu conteúdo, porque a sua validade pode ser reconduzida a uma outra norma que forma o ordenamento, como o particular ao geral. As normas que prescrevem a obrigação de não mentir podem ser deduzidas da norma que diz que devemos falar a verdade. O direito é um sistema normativo, uma ordem estatuidora de atos de coerção. Havendo a transgressão da norma, aplica-se a coação nela prevista que pode ser executada contra a vontade do transgressor, inclusive com o uso de força física.

No sistema estático a interpretação é originalista, formal e passiva, deve-se obediência ao conteúdo das leis pelo que elas são, pois prescrevem um dever ser. Kelsen é um neo-kantista, logo a ideia de dever está ligada a um valor moral absoluto. O princípio segundo o qual o homem deve cumprir sempre o seu “dever” ou os seus “deveres” pressupõe evidentemente que haja deveres absolutos, inteligíveis para todos. Não se relativiza o dever moral para Kant. Portanto, o homem não tem como escolher entre cumprir o dever ou não cumprir o dever, porque não há várias ordens morais à sua disposição. Não tem o direito de escolha, deverá sempre cumprir o seu dever, seja ele moral ou jurídico.

Nesta visão do direito não há lugar para interpretações criativas, pois a liberdade está no cumprimento do dever. Veremos, em outro tópico deste trabalho, que o sistema jurídico é essencialmente dinâmico e criativo, aberto à análise de valores e princípios constitucionais.

⁶⁰“Dentro de uma ordem do primeiro tipo (estático) as normas são “válidas”, e isso significa que presumimos que os indivíduos cuja conduta é regulada pelas normas devem se conduzir do modo prescrito pelas normas em virtude do conteúdo destas: seu conteúdo tem uma qualidade imediatamente evidente que garante sua validade, ou, em outros termos, as normas são válidas por causa de um atrativo a elas inerente”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 116-117.

3.1 A interpretação não criativa dos “interpretativistas”

No debate acerca da função criativa das Cortes Constitucionais, ocorreu uma bipolarização fundamental entre as posições chamadas “interpretativistas” e as posições denominadas de “não-interpretativistas”.

Para os primeiros, os juízes ao realizarem o controle de constitucionalidade, devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas da Constituição escrita, não podendo ampliar o rol de direitos previstos no documento original. O exercício da jurisdição constitucional deveria promover uma interpretação dentro do texto, conforme a intenção dos criadores da Constituição, negando, dessa forma, uma maior atividade criativa aos juízes, pois não consideram os valores provenientes da sociedade e não atualizam a interpretação para contemplar as novas demandas sociais, sexuais, culturais, políticas e econômicas.

Este tipo de interpretação faz das Cortes Constitucionais meras casas revisoras da produção legislativa originalista.⁶¹ O “interpretativismo” não subsiste perante o conteúdo das Constituição dogmáticas, pois, estas apresentam um imenso catálogo de direitos que possuem uma textura aberta, requerendo um exercício de interpretação valorativa para a realização de seus fins.

A corrente oposta formada pelos “não-interpretativistas”, argumenta que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram indicadas (seja de forma explícita ou implícita) na linguagem do documento. São considerados os atualizadores das Constituições, defendem que os juízes profiram julgamentos com base em elementos que vão além do texto, buscando realizar uma hermenêutica que agregue ao documento original princípios substantivos, novos valores morais e de justiça.⁶²

⁶¹A origem da distinção entre interpretativismo e não-interpretativismo origina-se no artigo de GREY, Thomas C. *Do we have an Unwritten Constitution?* in: A Constitutional Law Anthology. Glennon, J Michael; et al. Stanford Law Review, n.º 27, 1975. pp. 703 e ss.

⁶²HENNING LEAL, Mônica C. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2007. p. 149.

Entendem que a Constituição compreende não só o texto onde se encontra a vontade do legislador, mas também uma tábua de princípios e valores - Canotilho⁶³ chama de princípios constitucionais abertos - que devem lastrear toda a aplicação normativa. Portanto, há uma atualização histórica do texto original através de uma releitura do sentido das normas jurídicas, adequando-as à realidade social no tempo e no espaço onde são aplicadas.

As Cortes que assim procedem, não fazendo parte da visão do direito estático, são essencialmente criativas de direitos e têm sido chamadas de ativistas, como foi a Corte do Juiz Warren nos Estados Unidos da América.⁶⁴

3.2 A escola da exegese e a interpretação lógico-formal

A Revolução Francesa produziu um padrão de interpretação estritamente formal e literal, fazendo com que o trabalho dos juízes fosse reproduzir as palavras da lei. Nesta quadra da história, pode-se dizer que não houve interpretação criativa, em última palavra, coube ao Poder Judiciário ser um porta-voz da legislação, apenas como a “boca da lei”. A criação do direito era reduzida aos legisladores. Somente em casos excepcionais, de antinomias e lacunas, é que o juiz tinha um papel mais ativo, o de eliminar as primeiras e preencher as segundas, mas mesmo nestes casos devia motivar suas decisões, amparando-se nos textos legais.

O papel a ser desempenhado pelo juiz seria o de mero aplicador da lei, cabendo-lhe tão-somente “dizer a lei do caso concreto”, extraída a partir da lei genérica e abstrata.

Por isso é que Montesquieu, na obra “Do Espírito das Leis”, destila ódio aos juízes:⁶⁵ “(...) não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor”.⁶⁶

⁶³CANOTILHO. J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1197.

⁶⁴Não se pode perder de vista, ainda, que a identidade entre posições dos juízes e orientações esperadas por quem os nomeou tem ficado apenas no plano das possibilidades. Conta-se, por exemplo, que Warren, político conservador ligado ao Partido Republicano, teria sido nomeado por Eisenhower para acentuar o conservadorismo da Suprema Corte. O período em que esteve como Chief Justice, no entanto, foi marcado por profundo ativismo judicial, a ponto de se falar em “revolução jurídica” ou “judicial”, levando Eisenhower, algum tempo depois, a considerar a nomeação o maior erro de sua presidência. SAMPAIO, José A. L. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 71-72.

A Revolução francesa deixou um legado de engessamento do direito, de tal forma que os teóricos do movimento revolucionário quiseram que o papel dos juízes se tornasse puramente passivo, limitados à aplicação da lei, expressão da vontade nacional.⁶⁷ Na visão dos revolucionários, o Poder Judiciário deveria ser submisso ao Poder Legislativo, o que favorecia uma visão estatizante e legalista do direito. Essa visão do direito durou cerca de cem anos e somente começou a ser modificada por volta do final do século passado, tendo em vista que o juiz não deveria desempenhar nenhum papel na administração e construção da justiça.

O papel do juiz ao fazer as suas sentenças assemelhava-se ao papel do lógico, do matemático, e a decisão era tida como um silogismo formal.⁶⁸ Tal concepção retirava completamente do juiz o poder de desenvolver qualquer margem valorativa na interpretação da lei, produzindo uma argumentação jurídica que pudesse trazer justiça ao caso concreto. Destarte, o juiz não tinha o poder de criação do direito, conforme a visão dinâmica do direito, não havia, na Escola da Exegese a preocupação com sentenças justas, razoáveis e aceitáveis.⁶⁹

Este é o tempo da interpretação lógico-formal, entendida como a que se contenta com a aplicação das regras do silogismo aristotélico, onde a premissa maior corresponde a lei e a menor corresponde aos fatos.⁷⁰

A interpretação puramente lógica rompe o compasso da evolução e atualização do Direito, naturalmente feito pelos tribunais. Por isso, as decisões devem ser aceitáveis por grande parte da sociedade, visto que não existe decisão que agrade a todos. Os raciocínios jurídicos são dialéticos e refletem desacordos, são acompanhados por uma incessante

⁶⁵MONTESQUIEU, Charles de S., cit., p. 175.

⁶⁶“O ofício de julgar tinha com frequência, antes da Revolução, caráter patrimonial: as jurisdições feudais eram hereditárias; aquelas regalias vendidas ao melhor pagador, foram mais tarde também elas, até a Revolução, hereditárias. Aqueles juízes que se encontravam, naturalmente, entre os inimigos mais encarnados da Revolução e expiaram, em grande número, no patíbulo, suas resistências as novas ideias”. CHIOVENDA, *Instituzioni I*, cit., p. 134, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. V II. Trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p.134.

⁶⁷PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 506.

⁶⁸“Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a ideia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais”. *Idem, ibidem*, p. 185.

⁶⁹“Segundo esta concepção o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme a lei, sem ter de preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades”. *Idem, ibidem*, p. 54.

⁷⁰“A lógica formal atingiu seu apogeu com a interpretação escolástica, como instrumento de demonstração apodictica das verdades do cristianismo e da teologia jesuíta, ficando a lógica dialética esquecida até ser redescoberta no século XIX, quando passou a fundamentar a lógica jurídica moderna e contemporânea”. SCHNAID, David, cit., p. 221.

controvérsia o que não acontece com a lógica formal, só muito raramente poderá ser considerado correto ou incorreto, de um modo, por assim dizer impessoal.⁷¹ O raciocínio estritamente formal não é suficiente para dar respostas satisfatórias para os problemas concretos da vida, pois exclui de sua apreciação qualquer elemento axiológico.⁷²

Tais fatores, aliados ao reconhecimento da existência de lacunas e antinomias no ordenamento, bem como do caráter vago e impreciso das normas, tornaram evidente que em muitos casos as decisões judiciais não são meros produtos do raciocínio lógico-dedutivo de aplicação de normas válidas e enunciados empíricos comprovados.

A relação entre o direito e a lógica, pelo menos nessa forma estrita defendida pelo modelo formalista, está longe de ser pacífica, como bem demonstra a célebre frase do famoso Juiz da Suprema Corte Americana, Oliver W. Holmes: “A vida do direito não tem sido lógica, mas a experiência”.⁷³ A afirmação do autor quer dizer que o direito não é uma ciência exata e que não se pode interpretá-lo e aplicá-lo friamente, pois a lógica e os seus raciocínios dedutivos se orientam para resultados matemáticos, distanciados de valores de justiça.⁷⁴

O direito é um instrumento para a vida social, para a realização dos fins humanos, notadamente a justiça. O juiz trabalha em busca da solução justa para cada caso, procurando a pacificação social e o bem estar da comunidade, devendo levar em consideração outros elementos valorativos de ordem moral, política e econômica. Experiência é o resultado das vivências humanas individuais e coletivas, do presente e do passado. O direito tem sido forjado na experiência, nas discussões jurídicas travadas diariamente nos tribunais, na criação da jurisprudência.

Holmes é representante do “pragmatismo jurídico” norte-americano, o qual defende o “direito em ação” e não o “direito dos livros”. Para esta Escola do pensamento jurídico americano o direito não é visto como um fenômeno estático, mas como um fenômeno

⁷¹PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*, cit., p. 09.

⁷²“(…) o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social das decisões. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal, que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão”. Idem, *ibidem*, p. 13.

⁷³“A vida do direito não tem sido lógica, mas a experiência. As necessidades sentidas na época, a moral predominante e as teorias políticas, as instituições da política pública, declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juizes compartilham com seus semelhantes, são muito mais adequadas do que o silogismo para determinar as regras pelas quais os homens devem ser governados”. HOLMES, Oliver W., *apud* MORRIS, *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 423.

⁷⁴“Os elementos puramente formais e lógicos, que se apresentam aos juristas no aparelho exterior e plástico do direito positivo, são insuficientes para satisfazer os desideratos da vida jurídica. Daí o dever, imposto à jurisprudência, de ter que procurar, fora e acima desses elementos, os meios de que necessita para o pleno cumprimento da sua missão”. COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, cit., p.185.

dinâmico que se desenvolve através da interpretação e aplicação das suas leis. É na análise dos casos jurídicos práticos que os juízes criam e recriam o direito, consolidando jurisprudência nova através das decisões judiciais.

A lógica das ciências naturais não compreende a dimensão humana, pois esta é própria das ciências do espírito, sendo esta explicada por Ricoeur:⁷⁵ “O homem não é radicalmente um estranho para o homem, porque fornece sinais de sua própria existência. Compreender esses sinais é compreender o homem”.

3.3 A interpretação e o positivismo jurídico

Os positivistas rejeitam toda a busca de um fundamento suprapositivo do direito, como o direito natural,⁷⁶ ou sobre a ideia de direito com um sentido material “a priori”, imanente, metafísico, transcendente, concebido por um “ente eterno” ou pela natureza. Para este modelo dogmático, o direito passa a ser analisado como produto da vontade humana, fruto da razão, criado pelo homem e para o homem. É o direito posto e não um mero dever moral, mas um dever normativo. Embora as normas jurídicas não se confundam com as normas morais, não se questiona o valor absoluto da moral.⁷⁷

O direito positivo é o ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, dotado de sanção para os que violam seus comandos; opondo-se em definitivo ao direito natural, razão

⁷⁵RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Org. e trad. Hilton Japiassu. 3. ed. Rio de Janeiro:Francisco Alves, 1988.p. 25

⁷⁶“O direito natural assenta-se em três pontos básicos. Afirma-se a existência de direitos individuais imutáveis que pré-datam ao advento da sociedade civil. Decorre disso, que tais direitos devam ser respeitados, o que justifica a criação de Estados, que velariam pelo implemento desses direitos, que radicam na natureza, de onde seus comandos são emanados. A razão os determina e os revela. Fomenta-se conexão necessária entre direito e moralidade. O direito positivo, nesse sentido, pode ser desobedecido, quando conflitante com o direito natural, com a moral e com a justiça”. GODOY, Arnaldo S. de M. *O Pós-Modernismo Jurídico*. Porto Alegre:Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 136

⁷⁷“Na condição de um dos expoentes do positivismo jurídico moderno, Hart explicitou a influência da moral na formação do direito, inclusive no plano da jurisprudência: “O direito de cada Estado moderno mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moralidade social aceita, quanto dos mais amplos ideais morais. Essas influências ingressam no direito abruptamente e declaradamente por meio da legislação, ou silenciosamente e aos poucos por meio da jurisprudência”. HART. Herbert. L.A. *The concep of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 199.

pela qual a maioria dos autores coloca o direito positivo como contraponto ao direito natural.⁷⁸

Dimitri Dimoulis se manifesta no sentido de que o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural, bem como a substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna.⁷⁹

A teoria oposta a jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Se para um jusnaturalista clássico tem – mas seria melhor dizer, deveria ter – valor de comando somente o que é justo, para a doutrina oposta só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma só é justa enquanto válida. Para uns a justiça é a convalidação da validade, para outros a validade é a convalidação da justiça. Chamamos essa doutrina de positivismo jurídico, mesmo admitindo que a maior parte dos que em filosofia são positivistas e em direito são teóricos e estudiosos do direito positivo (o termo “positivismo” refere-se tanto a uns quanto aos outros) nunca afirmou uma tese tão extrema.⁸⁰

Kelsen é considerado um dos grandes representantes do positivismo jurídico do século XX. O positivismo estudado por ele é considerado analítico. Escreveu a obra que lhe deu notoriedade mundial – Teoria Pura do Direito – a qual ainda é estudada por todos aqueles que apreciam a teoria do direito, seja para concordar com o seu conteúdo, seja para criticá-lo.

Entre os seus méritos pelos quais é justo considerá-lo um dos mais autorizados juristas contemporâneos, está também o de ter tido plena consciência da importância dos problemas ligados à existência do ordenamento jurídico e de ter-lhes dedicado particular atenção.⁸¹

O autor constrói uma teoria da norma na qual afasta como metajurídica toda consideração acerca de questões políticas, sociais e éticas, reduzindo a ciência do direito à norma jurídica. Não admite a criação do direito através de outras fontes como a doutrina e a

⁷⁸“Bobbio ressalta que a mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Grócio (...) formula tal distinção em termos de jus naturale e jus voluntarium: “o direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 20-21.

⁷⁹DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 68.

⁸⁰BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

⁸¹Idem, *ibidem*. p. 187.

jurisprudência, limitando-se ao que se encontra prescrito na lei. Importa, tão-somente, que a lei seja válida, ou seja, que seja proveniente da autoridade competente para elaborá-la. A validade qualifica um *deve* a eficácia qualifica um *é*. Na validade a norma deve ser cumprida, na eficácia a norma é efetivamente cumprida. Uma norma legal é válida antes mesmo de ser efetiva. A norma não é verdadeira ou falsa, é apenas válida ou não válida.

A “Teoria Pura do Direito” de Kelsen só tem compromisso com as normas jurídicas, e o seu caráter científico se restringe rigorosamente à sua função e o seu método a conservar o Direito “puro” de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, como a psicologia, sociologia e teologia.⁸²

Além de ter lançado as bases gerais para uma teoria do direito, desenvolveu também conceitos relativos à interpretação das normas jurídicas. Descreve a interpretação nos seguintes termos:⁸³ “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

O juiz deve deduzir do conteúdo da norma geral e abstrata (lei) a norma individual do caso que é a sentença. Esse processo de criação da “norma individual” é feito mediante o processo de interpretação/aplicação. Mas a interpretação não ocorre somente no caso de julgamentos pelos órgãos competentes, reconhece que a interpretação está em todos os ramos do direito, tanto no direito judicial como nos negócios jurídicos privados, e também no direito público. A interpretação existe sempre que for necessária uma aplicação de lei, da qual é um antecedente lógico necessário.

As leis possuem uma margem de indeterminação; deixando o legislador uma certa margem de escolha para que o aplicador realize o processo interpretativo dentro das várias possibilidades que a sua “moldura”⁸⁴ permite.

⁸²LARENZ, Karl, cit., p. 93.

⁸³KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 387.

⁸⁴“O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro da moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação da uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas

O intérprete vai realizar o preenchimento da “moldura” de acordo com as várias possibilidades de aplicação da lei. Kelsen diz que dentro da interpretação autêntica o juiz pode inovar e criar direito novo. A propósito, importa notar que pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, como também se pode produzir uma norma que se situe fora da moldura que a norma a aplicar representa. Considerando que a decisão é um ato de vontade, o órgão aplicador do direito pode atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica; pode, com efeito, interpretar a norma de modo absolutamente rejeitado pelos cientistas do direito.⁸⁵

A interpretação não-autêntica é realizada por qualquer indivíduo e também pela ciência jurídica, não sendo criativa de direitos, apenas reflete orientações de especialistas para os aplicadores do direito fundamentarem suas decisões.

A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter direito novo, é o fundamento da chamada “jurisprudência dos conceitos” que é repudiada pela “Teoria Pura do Direito”. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do direito. O preenchimento da chamada lacuna do direito é uma função criativa que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do direito.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. O objeto do direito positivo são as normas jurídicas, pouco importando o ideal de justiça de quem as examina. Em Kelsen, o critério de justiça estava dentro da lei, reduzido à validade da lei, não reconhecendo outros critérios de justiça constantes do jusnaturalismo.

Bobbio descreve o positivismo jurídico como método nos seguintes termos: “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência

individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 390-391.

⁸⁵COELHO, Fábio U. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.60.

jurídica ou teoria do direito.”⁸⁶ O autor consagra o maior de todos os efeitos do direito positivo que é a garantia integral de segurança jurídica.⁸⁷

A hegemonia da interpretação positivista está de fato na garantia do ideal de segurança jurídica que se converteu em princípio consagrado pela modernas Constituições democráticas em virtude dos requisitos que o acompanham, quais sejam: cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do direito.⁸⁸

A interpretação proposta por Kelsen não valoriza o papel do intérprete/aplicador, mas o aproxima do legislador, mantendo as questões relativas à teoria da interpretação e ao uso da argumentação jurídica afastadas da dogmática. Como consequência desse posicionamento, o autor preparou o caminho para as terríveis críticas que a sua teoria sofreu no campo da hermenêutica. A teoria normativa também não menciona a questão da concretização das leis, a criação do direito, e, tampouco a sua atualização exigida por uma sociedade cada dia mais complexa e demandante, onde o direito é o redutor de complexidades sociais.⁸⁹

Apesar de todas as críticas dirigidas ao normativismo, o autor austríaco também manteve a sua genialidade ao descrever que as normas postas encontram seu fundamento de validade conforme um procedimento escalonado que vai buscar na norma hipotética fundamental⁹⁰ o seu fundamento último de validade. Ao descrever um sistema escalonado de leis inferiores hierarquizadas, em cujo ápice da pirâmide encontra-se a lei superior, criou as bases para o controle abstrato de constitucionalidade de leis tal como conhecemos e aplicamos nos dias atuais.

⁸⁶BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, cit., p. 238.

⁸⁷Idem, *ibidem*. 40.

⁸⁸ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. p. 652.

⁸⁹Cf. O sistema jurídico funciona como elemento importante na estabilização das expectativas normativas, na linguagem de Niklas Luhmann. Diante de uma sociedade complexa, o direito, ao dar respostas às demandas judiciais que diariamente se avolumam em todos os tribunais do país, opera como redutor de complexidades. A complexidade do sistema quer dizer excesso de possibilidades. Exemplificando: novos direitos que foram reconhecidos às minorias como a proteção dada à mulher em situação de violência doméstica concedida pela Lei Maria da Penha. Direitos reivindicados pelos movimentos sociais. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 193.

⁹⁰“A *Grundnorm* ou norma fundamental é o conceito-chave com que traduzir aí a noção clássica do poder constituinte originário, sendo, portanto aquela norma que produz e legitima todo o sistema jurídico ou que consente, como último ponto de referência e legitimidade, hierarquizar em distintos graus as diferentes normas do sistema”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 177.

4. A interpretação dinâmica

A interpretação estática defendida pelos adeptos da Escola da Exegese sofreu uma mudança em seus fundamentos formalistas, positivista e não criativa, com o reconhecimento da importância dos princípios e estatura de normas constitucionais.

A interpretação dinâmica diz respeito à aplicação e criação do direito no novo paradigma da pós-modernidade, qual seja, direito em movimento, dinâmico, ativo, pós-positivista, aberto a valores e princípios constitucionais, mediante uma forma de interpretação concretista, pluralista e criativa.

Interpretar a lei não significa apenas buscar o sentido original, mas trazê-la para o momento concreto da aplicação, confrontá-la com a realidade e conferir-lhe um sentido compatível com a sua função social. A hermenêutica normativa olha para o passado; os modernos discursos hermenêuticos buscam uma interpretação que aconteça no presente, mais compatíveis com as finalidades de justiça e paz social.

4.1 A interpretação criativa dos “não interpretativistas”

A criação do direito deve ser uma atividade produtiva e não meramente reprodutiva do significado original do texto. Os “interpretativistas” sempre foram contrários à ideia de criação judicial do direito, mediante a interpretação/aplicação promovida pelas Cortes Constitucionais.

Sustentam que o intérprete deve permanecer fiel ao texto original, sem levar em conta as alterações ocorridas no contexto histórico no qual o documento foi elaborado. Para esses pensadores, o olhar do intérprete deve ser retrospectivo e nunca prospectivo, no sentido de realizar uma aplicação/interpretação criativa, diante do reconhecimento de novos contextos históricos, econômicos, sociais e culturais.

Para os “não-interpretativistas” a interpretação autoriza os Tribunais a fazer cumprir as normas que não se encontram claramente indicadas no texto constitucional, mas que compõem a sua essência.

4.2 A contribuição do *amicus curiae* na criação judicial do direito

A interpretação pluralista do direito tem sido admitida pelas Cortes Constitucionais de tal maneira que foi permitida a participação de novos intérpretes da Constituição. Estes novos intérpretes são denominados de “Amigos da Corte”.

Em sede constitucional a interpretação concretizadora de direitos é auxiliada pelos *amicus curiae*, numa atividade conjunta entre estes e a magistratura, promovendo uma interpretação pluralista e democrática do direito. A participação de terceiros estranhos ao processo, como é o caso do *amicus curiae*, contribui sensivelmente para a criação judicial do direito, ao fornecer aos juízes dados científicos, sociológicos, políticos, antropológicos, culturais e religiosos. Tais dados auxiliam na tomada da decisão judicial, pois nem sempre todos os detalhes de uma questão são conhecidos do julgador.

Em vários processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, houve a colaboração de etnólogos, como no caso do processo fundiário denominado “Raposa do Sol”. No caso do julgamento de ações relativas ao aborto de “fetos anencéfalos” e uso de ‘células-tronco’ para fins de pesquisa, foram envolvidos religiosos e cientistas.

Ressalte-se, ainda, o debate de pontos controvertidos no julgamento de ações envolvendo casos de uniões homoafetivas, além de outros feitos de relevância para a sociedade.

Ao fornecer dados não conhecidos pelo juiz, visto que este não possui conhecimento enciclopédico, o *amicus curiae* ajuda na construção de decisões fundamentadas com outras realidades extrajurídicas, mas científicas, sociais e morais, que inovam o sistema jurídico. Roberto Barroso entende que o intérprete é coparticipante do processo de criação do direito: “E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.”⁹¹

⁹¹“A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito”.

O surgimento de novos modelos de interpretação constitucional que associam o positivismo jurídico aos princípios e valores, não alteraria o mundo real se não fossem acompanhados de uma hermenêutica que abra espaço para uma interpretação pluralista, com a participação de atores sociais e jurídicos.

O *amicus curiae* constitui uma abertura democrática para a participação da sociedade na formação da interpretação jurídico-constitucional. As decisões dos Tribunais Constitucionais são mais democráticas e criativas, adquirindo mais legitimidade social.

Inocêncio Coelho também corrobora o entendimento de que quanto mais pessoas qualificadas para promover a interpretação das normas, mais se criam direitos com a colaboração de uma consciência jurídica geral, que maximiza os atos de concretização normativa.⁹² A interpretação auxiliada por outros agentes que não são do campo jurídico permite um melhor diálogo com o Poder Judiciário, realizando a criação conjunta do direito com a sociedade, através de uma visão cooperativa da dinâmica processual – princípio da cooperação – integração entre magistrados, partes, e este terceiro especial.

Com a colaboração efetiva do *amicus curiae* a decisão judicial tende a se tornar mais justa e democrática.

A participação do *amicus curiae* no processo promove a aproximação do direito com o conhecimento oferecido pelos demais ramos dos saberes, trazendo para o processo informações políticas, econômicas, sociais, médicas, psicológicas, antropológicas, genéticas, botânicas e ambientais. A interpretação hermética do direito realizada somente por seus operadores tradicionais - advogados, juízes, promotores, procuradores - encapsulada na dogmática jurídica, impossibilita o diálogo com a sociedade, visto que certas disputas requerem um conhecimento mais aprofundado da questão controvertida. A participação de um terceiro que oferece informações práticas ou científicas contribui para que a decisão promova a pacificação social esperada do Poder Judiciário, com a eliminação da lide sociológica, isto é, a lide que subjaz ao processo.

BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 335.

⁹²“(…) uma consciência axiológica da comunidade jurídica, da qual participam não apenas os juízes, com a sua consciência individual – que se forma segundo os mesmos critérios, colabora para a constituição da consciência geral e a representa nos atos de concretização normativa -, mas todos quantos têm algo que ver com a coisa direito. Em suma, uma consciência desses indivíduos concordante – em larga medida, ainda que sempre incompleta – no conteúdo, precisamente porque se trata de pessoas unidas por certas concepções comuns do que é justo e equitativo”. COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 62.

A abertura processual ao *amicus curiae* fomenta o pluralismo do debate, a legitimação democrática e social do processo - novas perspectivas de participação e diálogo com setores da sociedade, tais como organizações não governamentais, sindicatos, igrejas e entidades de classes.

A colaboração dada por entidades da sociedade ajuda a tornar o julgamento mais justo, na medida em que contribuem para que as pré-compreensões do juiz possam ser alteradas, em face das novas informações trazidas pelo terceiro especial. Esta contribuição vai ao encontro das ideias defendidas por Ricoeur, ao afirmar que a função da hermenêutica é a de explicar mais para compreender melhor. O autor quer dizer: explicar mais (trazer dados de pesquisa empírica), para o julgador compreender melhor o caso concreto. A pré-compreensão é condição de possibilidade da compreensão. Está sempre em mutação, é uma constante reconfiguração da ideia de justiça.⁹³

O direito contempla uma ideologia própria, visto que é elaborado nas complexas relações humanas, não sendo composto de fórmulas neutras e vazias de conteúdo. Pelo contrário, o direito nasce na sociedade que vive em constante conflito, em mutação.

A pré-compreensão descrita por Ricoeur consiste numa limitação da própria hermenêutica, sendo entendida como a sua própria finitude. Assevera ser impossível fazer uma ciência livre de preconceitos, posto que todo homem ao nascer já encontra uma sociedade pronta, composta por organizações, tais como, Estado, família e religião. Esse papel da história transporta o homem para o primeiro papel da ideologia, sendo uma função mediadora da imagem da representação de si, destacando as funções de dissimulação e distorção. Salienta a importância da interdisciplinaridade, propondo que uma filosofia que rompe o diálogo com as ciências só se dirige a si mesma.⁹⁴

A interdisciplinaridade das ciências do espírito ocorre nas relações recíprocas, nos sistemas morais e culturais, na filosofia e na arte; nestas fontes de conhecimento, o homem procura compreender-se.

Nesta perspectiva, a interpretação aberta promove um diálogo com outras áreas do conhecimento humano, auxiliando a compreensão do juiz sobre questões técnicas ou dos valores e anseios dispersos no meio social, aumentando e aclarando o debate de pontos

⁹³“A pré-compreensão descrita por Ricoeur consiste numa limitação da própria hermenêutica, sendo entendida como a sua própria finitude, fazendo-se necessário compreender mais, (livrando-se ao máximo dos preconceitos), para entender melhor. (...) a hermenêutica da pré-compreensão é a hermenêutica da finitude”. RICOEUR, Paul, cit., p. 141.

⁹⁴Idem, ibidem. p. 36.

controvertidos, sobretudo quando estão em julgamento processos com razoável desacordo moral.

A hermenêutica assume a função de auxiliar na compreensão, sendo esta considerada como uma atitude dentro do ser, mas respeitando-o como ser histórico, senão vejamos: “A hermenêutica é o acesso do indivíduo ao saber da história universal, é a universalização do indivíduo.”⁹⁵

Dilthey sustenta que a história universal acaba por se tornar um campo apropriado da hermenêutica e relaciona o que Hegel afirma sobre o espírito relacionado com a vida: “Torna-se, então, possível, dizer da vida o que Hegel diz do espírito: “A vida apreende aqui a vida”.⁹⁶

Em sede de jurisdição constitucional a maior participação da sociedade é fundamental, notadamente, porque as regras constitucionais possuem uma conformação normativo-material, polissêmica, fragmentária e fracionada.⁹⁷

A Constituição Federal de 1988 é analítica, contendo conceitos que extrapolam o conhecimento jurídico, necessitando que outros atores sociais sejam chamados a colaborar na confecção da decisão judicial, a fim de contribuir com a visão plural consagrada pela referida Carta Constitucional.⁹⁸

4.3. A interpretação ativista

Definir o ativismo judicial é tarefa complexa, sendo difícil fornecer um conceito que englobe todas as possibilidades; o que se faz na prática é adotar certa perspectiva. É possível, entretanto, entrever uma série de “indicadores” de ativismo judicial, como o “contramajoritarismo”, o “não-originalismo”, a ausência de deferência judicial perante os precedentes judiciais, a criatividade judicial, ativismo remedial e partidário. O ativismo

⁹⁵RICOEUR, Paul, cit., p. 28.

⁹⁶Idem, ibidem. p. 29.

⁹⁷COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, cit., p.63.

⁹⁸Os *hard cases* ou casos difíceis, reclamam uma interpretação neste sentido, mormente quando as questões não encontram soluções previamente prontas e justas dentro do próprio ordenamento jurídico. A solução deverá ser construída argumentativamente, à luz dos elementos concretos, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São exemplos de casos difíceis: ambiguidade da linguagem, desacordos morais razoáveis, colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. cit., p.335-336.

judicial é caracterizado por uma maneira proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, notadamente em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁹⁹

O fenômeno tem acontecido em várias partes do mundo, quando as Cortes excelsas são chamadas para intervir em assuntos da mais elevada importância, por exemplo: no Canadá a Suprema Corte foi chamada a decidir acerca da constitucionalidade de testes de mísseis realizados pelos norte-americanos em território canadense; manifestar-se sobre as eleições presidenciais dos Estados Unidos da América; em Israel foi chamada a decidir acerca da construção de um muro na fronteira com o território palestino; na Turquia foi chamada a desempenhar um papel importante na preservação de um Estado laico, protegendo o avanço do fundamentalismo (crença na interpretação literal dos livros sagrados). Na Hungria e Argentina tiveram que decidir sobre planos econômicos. Na Coreia restituíram o mandato de um presidente que tinha sofrido processo de *impeachment*.¹⁰⁰

O ativismo encontra-se presente em várias questões, notadamente na ausência de consenso político no Poder Legislativo, no julgamento de ações de inconstitucionalidade com modulação de efeitos, bem como a ausência de políticas públicas pelo Poder Executivo e a falta de comprometimento com os direitos fundamentais.

No Brasil, encontra-se, ainda, presente em todas as instâncias judiciais, mas tem florescido e alcançado visibilidade nacional nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Merecem destaque as decisões que repercutiram na mídia nacional nos últimos tempos: reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, nepotismo, perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, demarcação de terras indígenas, uso de algemas, direito de greve de servidores públicos.

Roberto Barroso¹⁰¹ promove uma síntese dos fundamentos e limites do ativismo judicial, afirmando que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, a saber: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios

⁹⁹BARROSO, Luís R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 78, jan/mar 2009. p. 169.

¹⁰⁰Idem, *ibidem*. p. 283-284.

¹⁰¹BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. cit., p 283-284.

menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de política pública.

A expressão *Judicial Activism* surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América. Inicialmente a expressão teve natureza conservadora, tendo em vista o amparo da Suprema Corte a questões de discriminação racial e anulação de leis de proteção social. Posteriormente a Corte mudou de orientação passando a encampar questões que envolviam direitos de negros, ações afirmativas, proteção das mulheres e aborto.

A autocontenção judicial é o oposto do ativismo, caracterizada pela menor interferência do Poder Judiciário nos assuntos dos Poderes Executivo e Legislativo, na perspectiva de que juízes e tribunais não deveriam criar direitos não previstos expressamente na lei, aguardando a manifestação do legislador ordinário. Deveriam também usar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como não interferência na definição de políticas públicas.

A prática do ativismo judicial tem suscitado controvérsias, sendo severamente criticada por muitos teóricos do direito, os quais argumentam que este tipo de interpretação expansiva que passa a criar a norma para o caso concreto, ultrapassa o texto normativo, com a criação da norma além do texto constitucional. Afirmam que o ativismo se constitui num mau comportamento do juiz ao invadir a competência de outros Poderes, que é antidemocrático e aristocrático, com violação ao princípio do federalismo, na tomada de decisão política, em questões sociais em que são parte os Estados.

Elival Ramos é contrário ao ativismo judicial, destacando que ele promove uma invasão da competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.¹⁰² Aduz que a interpretação constitucional tem limites. O limite é o texto da Constituição. Segundo o autor, o intérprete/aplicador deve trabalhar a lei dentro do seu limite legal, com elementos de interpretação, passando desse limite, é ativismo judicial. Sustenta que se o julgador é tímido e

¹⁰²“Ao se fazer menção ao ativismo judicial o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata aqui do exercício desabrido da legiferação (ou de outra não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. RAMOS, Elival da S. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo:Saraiva, 2010. p. 117.

aplica o texto aquém de suas possibilidades, estamos diante do passivismo judiciário que é considerado uma idealização conservadora e não criativa de direitos.¹⁰³

Esta crítica, ao menos em sede de jurisdição constitucional, tem sido refutada por Cappelletti, ao afirmar que as Cortes Constitucionais estão fora e acima da clássica teoria da separação dos poderes, isto porque estas possuem uma função de controle de constitucionalidade que não se identifica com nenhuma das funções próprias dos demais Poderes. No exercício dessa função de controle, pode enquadrar os demais Poderes nos termos da Constituição, eliminando do ordenamento jurídico todo ato normativo que com ela colida.¹⁰⁴

O pensamento de Cappelletti é compartilhado por Ignacio de Otto, no sentido de que a criação judicial do direito não ofende o princípio constitucional da separação dos poderes, eis que a atribuição de valor vinculante à jurisprudência é o único modo de manter a própria separação dos poderes, que estaria comprometida caso a interpretação das leis ficasse a cargo do próprio legislativo, que as edita, e não do juiz, um terceiro imparcial, que fixa o sentido das normas à luz dos casos e controvérsias, complementando, por essa forma, a tarefa legislativa.¹⁰⁵

Há os que vejam inconvenientes na interpretação ativista. Dworkin não nega o fato de que a atividade criativa e ativista dos tribunais traga riscos, caso seja atrelada exclusivamente ao senso de justiça dos juízes, sem levar em consideração as peculiaridades dos casos e dos julgamentos da Corte Excelsa. Este tipo de ativismo é perigoso porque pode resvalar na tirania dos juízes.¹⁰⁶

¹⁰³“O nome correto que se dá é interpretação evolutiva, que usa a interpretação sistemática e técnicas de interpretação para adequar a norma à realidade social. Isso é uma coisa que todo sistema faz. Quero apenas dizer que há limites para se fazer isso. Não se pode, diante de um texto legal que não comporta minimamente na sua letra uma determinada interpretação, usar um parâmetro mais claro a ponto em que se reescreva um novo texto para adequar a norma que se deseja aplicar. O ativismo que vem da mais alta corte do país é muito pernicioso. O nosso sistema, enquanto comportou um tribunal de cúpula corrigindo certos excessos ativistas, teve equilíbrio. O problema é quando o ativismo é patrocinado pelo próprio Supremo. Essa postura tem efeito devastador não só em termos do resultado concreto, mas pelo efeito de imitação e de acatamento das jurisprudências do STF”. RAMOS, Elival da S. *O ativismo é ruim independente do resultado*, 2009. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 06 abr. 2016.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, Ano II, p. 38, jan/jun. 1961.

¹⁰⁵ OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2007. p. 302-303.

¹⁰⁶“(…) A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.451-452.

Os que defendem a prática do ativismo judicial afirmam que esta forma de interpretação serve como freio aos abusos dos poderes como forma de *check and balance*. As Cortes Constitucionais podem decidir certas questões de relevância nacional, assumindo sua legitimidade política, mediante uma interpretação/aplicação rigorosa em face do governo, invalidando seus atos, restringindo atos arbitrários da maioria, contrários aos direitos fundamentais.

Afirmam, ainda, que não existe sistema jurídico completo, e que a criação do direito, mediante a interpretação criativa, tem a função de atualizá-lo, democratizá-lo e torná-lo mais próximo da sociedade.

Alstyne entende que a interpretação ativista deve extrair as máximas potencialidades do texto constitucional. Diante da omissão do legislador não se pode esperar dos juízes uma postura não-concretista, tornando-os reféns de interpretações legislativas.¹⁰⁷

O ativismo judicial no Brasil decorre da criação de uma ordem constitucional que instaura o Estado Democrático de Direito, produzindo uma mudança de paradigma interpretativo das Cortes Constitucionais, as quais passaram a admitir que os princípios também são regras potentes para a implementação dos direitos fundamentais.

4.4. A interpretação criativa proveniente da jurisdição constitucional

O Poder Judiciário do século XXI não é o mais fraco dos Poderes,¹⁰⁸ conforme o entendimento dos “federalistas” americanos e nem o Poder composto por juízes servos da literalidade da lei, mediante uma aplicação lógico-dedutiva dos comandos legais. Também

¹⁰⁷“A interpretação ativista serve como freio aos abusos dos poderes como forma de “check and balance”. As cortes constitucionais podem decidir certas questões de relevância nacional, assumindo sua legitimidade política, mediante uma interpretação/aplicação rigorosa em face do governo, invalidando seus atos, restringindo seus poderes, diante das omissões inconstitucionais, resolvendo ativamente, ao invés de sucumbir ao princípio da deferência para com as decisões do governo”. ALSTYNE, William V. *Judicial activism and judicial restraint*. In: LEVY, Leonard W; Karst, Kenneth L; MAHONEY, Dennis (Org.). *Judicial power and the Constitution*, New York: Macmillan Publishing Company, 1990. p. 58-72.

¹⁰⁸HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder. 2003. p. 458.

não é o aplicador de uma “Teoria Pura do Direito”, apartado dos valores sociais, econômicos e culturais.¹⁰⁹

A redemocratização do país propiciou o surgimento de um Poder Judiciário forte, com independência funcional e alto nível intelectual de magistrados que interpretam a lei de modo a satisfazer os galopantes anseios de uma sociedade hiper-complexa e plural, com um altíssimo grau de judicialização, desde as relações privadas até a saúde e a política. O que temos visto é um protagonismo dos juízes e tribunais em todo o mundo civilizado, decidindo e regulamentado as maiores questões da humanidade, tendo em vista que certos tipos de direitos não são acolhidos pelas maiorias parlamentares, notadamente os direitos das minorias.

O crescimento da jurisdição constitucional é inquestionável, essa realidade não escapou da análise do antigo magistrado francês, Yves Lemoine, que ficou famoso pela frase de efeito lançada: “governo dos juízes”.¹¹⁰ O próprio autor afirma que não há um “governo dos juízes”, pois a magistratura continua servindo aos interesses do Estado, definidos pelo governo, seja ele o Presidente da República ou o Primeiro-Ministro.

No entanto, a citada expressão tem sido uma realidade nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juízes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Poder Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa “revolução constitucional” promovida pelos juízes.¹¹¹ A influência da jurisdição constitucional tem sido sentida em todos os países submetidos ao Estado Democrático de Direito.

No Brasil não é diferente, cabendo à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, tal fato faz com que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder, inclusive sobre questões afetas ao Poder Legislativo.

As modernas Constituições trouxeram para o corpo do seu texto postulados ético-morais, os quais ganharam vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.¹¹²

¹⁰⁹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. XI.

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de A. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 91.

¹¹¹ Idem, *ibidem*. p. 91.

¹¹² MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

É no campo fértil da jurisdição constitucional que a criação judicial do direito aflora em toda a sua força, pois suas normas naturalmente abstratas, polissêmicas, com conteúdos indeterminados, possibilitam uma maior liberdade para o intérprete exercer o seu mister, tornando concreto direitos que só existiam de forma abstrata. As recentes decisões das Cortes Constitucionais têm demonstrado que a criatividade do intérprete encontra soluções mais efetivas para os conflitos de interesses do que as sempre demoradas respostas do legislador.

As rápidas mudanças sociais exigem que o julgador trabalhe de forma sempre criativa, fazendo novas leituras dos mesmos enunciados legislativos, produzindo modelos jurídicos novos, isto porque o juiz não pode negar a jurisdição, sob a alegação de existência de lacunas ou obscuridade da lei. Eis a razão pela qual Rigaux afirmou que o juiz possui uma *missão legislativa*, notadamente nos casos de omissão da lei, ou da sua ineficácia em resolver os efervescentes problemas da vida real.¹¹³

O legislador não se aventura na proposição de leis sobre temas polêmicos _ o chamado *déficit legislativo* _ por não ter coragem de enfrentar o ônus social, político, econômico, e, desta forma, deixa um “vazio legislativo”, um verdadeiro “estado de necessidade jurídico”¹¹⁴ a ser preenchido pelo Poder Judiciário. Diante da inércia do legislador e considerando que não existe “vácuo de poder”, as Cortes Constitucionais decidem de forma a preencher as lacunas deixadas pelo Parlamento, assumindo uma função que originalmente pertence ao Poder Legislativo, nas sábias palavras de Francisco Campos: “Uma lei inflexível da política é a que não permite a existência de vazios no poder: poder vago, poder ocupado”.¹¹⁵

A fim de preencher a omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário decide, e o legislador, com o seu silêncio, chancela a decisão judicial. As correntes mais conservadoras não admitem uma interpretação criativa. As concepções mais modernas entendem que o direito é escrito a “quatro mãos” e o juiz complementa a atividade do legislador.¹¹⁶

¹¹³ “Em compensação, quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa. O método de ponderação categórica dos interesses é uma ilustração pertinente disso. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenche uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganosa, pois, o mais das vezes, é o próprio juiz que cria a pretensa lacuna identificando uma necessidade nova ao mesmo tempo que se esforça por satisfazê-la.” RIGAUX, François, cit., p. 323.

¹¹⁴ “Mas fora destes limites é permitido, em todo o caso, aos tribunais um desenvolvimento do direito, quando, devido a uma recusa permanente do legislador, sobreveio um *auténtico estado de necessidade jurídico*”. LARENZ, Karl, cit., p. 608

¹¹⁵ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 1942, p. 346.

¹¹⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988. p.85.

A vigente Constituição Federal é composta por um enorme catálogo de direitos e garantias fundamentais, é um manancial inesgotável de possibilidades interpretativas, permitindo ao intérprete largas pautas acerca de valores consagrados pelo nosso constituinte, o que legitima a postura razoavelmente ativista do Poder Judiciário, na medida em que há uma imensidade de direitos associados à jurisdição constitucional.

O cerne da Constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade.

O legislador constituinte observa os modos de agir de determinada sociedade, selecionando as condutas humanas valoradas historicamente, formatando os preceitos normativos fundamentais, que costumamos chamar de Constituição. É justamente dentro desta vastidão de valores acolhidos pelas modernas Cartas Políticas que emerge o grande poder criativo da jurisdição constitucional.

Alonso García reconhece a essência valorativa da Constituição, afirmando que esses valores vão possibilitar a convivência política e asseguradora dos direitos fundamentais da sociedade: “A Constituição é uma norma (...), mas uma norma qualitativamente distinta das demais, porquanto incorpora o sistema de valores essenciais que hão de constituir a ordem de convivência política e informar todo o ordenamento jurídico.”¹¹⁷

O Estado social, Estado providência ou Estado do bem-estar social, requer do Poder Judiciário a efetivação de direitos antes inimagináveis pelo Estado liberal. Essa efetivação de direitos sociais só é possível através de uma interpretação concretizadora que extraia as máximas possibilidades das normas constitucionais, a fim de realizar a justiça social.

O legislador deve apurar os fatos que pretende reger, e o faz lentamente, através do processo legislativo, todavia, este processo de depuração e escolha dos fatos que têm relevância jurídica, é sabiamente demorado. Certos tipos de leis, notadamente as emendas constitucionais, precisam de aprovação nas duas casas legislativas, além de quórum de três quintos para serem aprovadas. Isto porque as leis deverão incidir de forma geral e abstrata para todos. Todavia, a vida é dinâmica, e os fatos sempre se antecipam ao direito.

Os tribunais devem ter sempre presente na análise de casos concretos que há fatos que não foram previstos pelos legisladores, fazendo com que a interpretação/aplicação do direito leve-os em conta sob o impacto de circunstâncias não contemplados pelo legislador, há de ver

¹¹⁷GARCIA, Enrique A. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudio Constitucionais, 1984. p. 351.

na lei não uma letra morta, mas um tecido vivo, capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes.¹¹⁸

A criação judicial do direito passa pelo tema da especificidade da interpretação constitucional que a difere das normas infraconstitucionais, justamente pelas características abstratas, vagas e indeterminadas.¹¹⁹

Humberto Eco afirma que os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macro-institucionais, são os mais afeitos a interpretações expansivas e criadoras.¹²⁰ "(...) Quanto mais abstratos forem os textos normativos, maiores serão as possibilidades interpretativas, reveladas pelo aumento de opções valorativas permitidas ao julgador".

Quando o juiz aplica princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, solidariedade, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, proteção da confiança legítima, não faz outra coisa, senão traduzir, para o caso concreto, a definição do que é digno, justo, seguro e confiável. Essa tradução não é puramente dedutiva como queriam os formalistas, mas, uma atividade criativa e construtiva.

Larenz citando Ehrlich chancela o poder criativo das decisões judiciais:¹²¹ "(...) no fundo Ehrlich nada mais diz que o que dissera precisamente O. Bülow e hoje universalmente reconhecido: que toda a decisão judicial é uma actividade criadora, dirigida pelo conhecimento".

A função interpretativa e criativa dos juízes não é nova, Locke já havia descrito que o juiz é o tradutor dos valores que comporão a tolerância social:¹²² "Deus pede apenas o sacrifício de corações; mas deixou ao Magistrado o encargo de dizer o que será, no Estado, ordem e decência".

A legitimidade dos juízes para realizar este tipo de interpretação criativa é questionada, visto que muitos acusam os magistrados de reescreverem a Constituição.

¹¹⁸ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 21.

¹¹⁹"Em sede de direitos fundamentais, cujas normas, extremamente abstratas, possuem múltiplos significados, mais do que de interpretação o de que se trata é de concretização dos respectivos enunciados, à luz dos métodos e princípios da chamada hermenêutica especificamente constitucionais".ERNST-WOLFGANG, Bökenförde. *Escritos sobre derechos Fundamentales*. Baden-Baden: nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126-127.

¹²⁰ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectivas, 1995, p. 14-15.

¹²¹LARENZ, Karl, cit., p. 79.

¹²²LOCKE, John. *Cartas Sobre a Tolerância*. Trad. João da Silva Gama, revista por Artur Morão. Lisboa: Edições 70Lda. 1965. p. 66.

Inocência Mártires Coelho entende que a atividade criativa do juiz é legitimada pela sociedade.¹²³

O juiz não julga para si próprio, o que faz da interpretação um fenômeno social. A interpretação que o juiz faz dos fatos precisa contar com a aceitação social de parte considerável da comunidade, mas não de todos os seus componentes, tendo em vista inexistir relato de um modelo de sociedade de pensamento singular, isto é, todas tiveram na pluralidade o seu norte.

O direito existe para regular a vida do homem em sociedade. Para a realização dessa função reguladora do direito, urge que os juízes e tribunais realizem uma atividade de interpretação que reconheça novos direitos.

Larenz citando Jhering conclui que todas as proposições jurídicas têm por fim a segurança das condições de existência da sociedade e que a sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas.¹²⁴

A criação de novos direitos, mediante a chamada interpretação ativista, é considerada uma espécie de mutação constitucional, posto que se atribui novos significados às palavras da Constituição, sem alteração da redação do seu texto normativo. É a chamada mutação constitucional de natureza hermenêutica.

Zagrebelsky *apud* Sampaio afirma ser impossível uma única interpretação das normas constitucionais, em face do pluralismo existente nas sociedades modernas, de forma que as normas constitucionais devem ser interpretadas levando-se em conta a sua própria posição no interior de um contexto marcado pela presença de forças econômicas e culturais tão numerosas que tornam irrealista a pretensão de uma, apenas uma, vencer todo o resto e reconstruir em torno de si um poder soberano como aquele em outros tempos.¹²⁵

O processo se realiza mediante valorações dos fatos presentes, levando em conta o contexto histórico da interpretação, pois a interpretação não se processa no vazio, ela tem data e lugar, de maneira que o seu resultado será sempre um ato de natureza construtiva e não um ato de puro conhecimento.¹²⁶

¹²³COELHO, Inocência M. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 125.

¹²⁴LARENZ, Karl, cit., p. 60.

¹²⁵ZAGREBELSKY, Gustav. *La Giustizia Costituzionale*. p. 26, *apud*, SAMPAIO, José A. L. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. cit. p. 72-73.

¹²⁶“O juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato

O intérprete é mais sábio que a lei porque ele cria o direito a ser aplicado no caso particular, ampliando o espectro normativo, ponderando sempre o direito ante a faticidade e a hipótese legal. Deste exercício decorre a norma do caso, a sentença, o acórdão.¹²⁷

Neste particular deve o juiz não somente interpretar/aplicar os enunciados normativos, mas, deve também, dialogar com as partes, e extrair a síntese obtida neste processo dialético.

A norma do caso deve ser fundamentada para demonstrar os motivos da decisão, pois o juiz não é livre para decidir sem motivar. Decidir é um processo concertado entre os métodos e princípios da interpretação. O juiz sempre criou o direito porque normas gerais não resolvem casos particulares.

As normas constitucionais têm significado aberto e permitem alcançar fatos que o legislador constituinte não previu. Rigaux, com absoluta precisão afirma que o juiz pode realizar uma interpretação dobrando a lei: “(...), mas o Magistrado pode dobrar a lei, e a interpretação desta, seja com suavidade, seja com rigor, contanto que a dobrando ele evite cassá-la ainda que pareça muito dura: e se faz de outro modo, a lei o condena como infame”.¹²⁸

A lei tem vida própria, mas é limitada pelo tempo, por essa razão, a jurisprudência é alterada pelos tribunais, fato que obriga o juiz a ser criativo no momento da interpretação/aplicação da lei, de modo a atualizá-la, agregando novos valores sociais, econômicos e culturais, que não foram previstos no momento da elaboração das normas jurídicas. Quando o juiz faz esse tipo de interpretação criativa e atualizadora do direito, Rigaux diz que está “dobrando a lei.”¹²⁹

A importância da função interpretativa da jurisdição constitucional é tão grande que o Juiz Hughes, da Suprema Corte americana, ao mencionar a flexibilidade e plasticidade do documento de Filadélfia afirma que: “A Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é.”¹³⁰ Em outras palavras¹³¹ Kaufmann afirma que o direito é aquilo que vai sendo declarado

de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2003. p.167.

¹²⁷COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, p. 124.

¹²⁸RIGAUX, François, cit., p. 154.

¹²⁹ Idem, *Ibidem*, p. 154.

¹³⁰FLORES, Antonio C. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica: Madri. 1946.

¹³¹“Por isso é que se diz, igualmente, que na sua concreta forma de existir, o direito é aquele que vai sendo declarado pelos juízes e tribunais, no curso de um processo de realização e que, sem o problema suscitado a partir do intérprete/aplicador, em situações hermenêuticas concretas, as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas, aguardando que se reconheça ter ocorrido a sua hipótese de incidência para que, aí sim, elas entrem

pelos juízes e tribunais, no processo de interpretação/aplicação das normas jurídicas às situações hermenêuticas concretas.

Pode-se dizer, também, que o juiz cria direito quando decide aplicando diretamente os princípios aos casos concretos, mormente quando há omissão legislativa.

Desta forma, a concretização funciona como eficiente meio de criação do direito. Nestes casos, as decisões são construídas de forma argumentativa, mediante a adesão do postulado que servirá como fundamento jurídico da decisão.

Os princípios são moduláveis, podem ser aplicados em maior ou menor grau, pelo intérprete/aplicador, para novas criações jurisprudenciais. O princípio da dignidade da pessoa humana é um exemplo clássico da versatilidade dos princípios, podendo contemplar um universo de valores. É no caso concreto que o intérprete/aplicador vai densificá-lo, materializá-lo, torná-lo vivo e eficaz, produzindo jurisprudência nova. René David constata o importantíssimo papel que a jurisprudência dos tribunais tem alcançado nos nossos dias, tanto nos países que adotam o sistema da *common law* quanto os que adotam o sistema romano-germânico.¹³²

Konrad Hesse ao defender a força normativa da Constituição, implicitamente, posiciona-se a favor da criação judicial do direito, visto que defende que a duração das Constituições está condicionada pela sintonia entre a realidade histórica e superestrutura institucional.¹³³

Da mesma forma, Ferdinand Lassale afirma que sem a consideração dos fatores reais de poder a Constituição não passa de “uma folha de papel”, também assume uma posição a favor da interpretação criativa.¹³⁴

A interpretação judicial modifica a lei em maior ou menor grau, visto que o direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. O direito é muito mais que um ordenamento jurídico, pois contempla noções de justiça que nem sempre foram contemplados pelo legislador no tempo da sua elaboração.

Bobbio citando Radbruch leciona: “Direito é a realidade que tem seu significado no servir ao valor jurídico, isto é, a ideia da justiça (*rechtsphilosophie*, § 4).”¹³⁵ Assim, em muitos

efetivamente em vigor.” KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, p. 49.

¹³² DAVID, René. *Os Grandes sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 156.

¹³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p.11-12-24.

¹³⁴ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998. p. 32.

casos, há um atraso da legislação em relação ao curso da evolução social, que deve ser compensado pela atividade criativa dos tribunais, que buscam suas valorações no *ethos* jurídico dominante na comunidade e a expressão mais objetiva desse *ethos* ele encontra nos artigos da Constituição.¹³⁶

Os textos legais devem coincidir com a realidade, como isso nem sempre acontece, pois os fatos são mais dinâmicos que a produção normativa, situação que requer do juiz uma complementação da lei, a fim de adaptá-la aos casos concretos. Perelman¹³⁷ afirma que esse poder criativo para solucionar os conflitos faz parte da missão do juiz: “A natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.”

A atividade criativa do juiz deve levar a um desenvolvimento do direito que opere sempre dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhes servem de suporte.¹³⁸ Entretanto, reconhece que estabelecer os limites da competência dos tribunais para promoção de uma atividade criativa do direito não é facilmente cognoscível.¹³⁹

O juiz tem sido a mola mestra do desenvolvimento do direito, o protagonista fundamental na criação de novos direitos, pois age no poder-dever de prestar a função jurisdicional do Estado dando a cada um o que é seu.

Os juízes fazem e devem fazer obra legislativa no caso concreto, no chamado fato hermenêutico, que os limites da interpretação devem ser aferidos, levando-se em conta balizas como razoabilidade, justa medida, moderação e aceitação social, tornando o Poder Judiciário autor e artífice da criação do direito.

O ativismo judicial se diferencia da normal criação judicial do direito por extrapolar os limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação dos poderes no Estado Constitucional de Direito. A criação judicial do direito é considerada um exercício regular do poder-dever que os juízes possuem de interpretar/aplicar as leis aos casos concretos, isto é,

¹³⁵BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. cit., p. 139.

¹³⁶SCHNAID, David, cit., p. 286.

¹³⁷PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. cit. p. 203.

¹³⁸“Compreende-se que também um tal desenvolvimento do direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a “ordem de valores” conforme a Constituição; mas, não só pode ser justificado mediante essa consonância. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”. LARENZ, Karl, cit., p. 588.

¹³⁹“Em toda a louvável disponibilidade para desenvolver o direito de modo criador os tribunais deveriam ter sempre presente este perigo, para não defraudarem o limite da sua competência que, em concreto, não é, com frequência, facilmente cognoscível”. Idem, *ibidem*, p. 608.

transformar o direito abstrato em direito concreto, de forma a criar a norma do caso, a norma da decisão.

4.5 A interpretação axiológica-positivista

O positivismo jurídico reinou soberano até o fim da segunda guerra mundial, após esse período a interpretação do direito sofreu uma mudança de rumos, devidos aos horrores do holocausto, cometidos sob a proteção da lei. Em razão desta constatação o Tribunal de Nuremberg, quando julgou o alto escalão do nazismo, fundamentou-se em princípios gerais de moral universal. Verificou-se que a visão cega e formalista do direito levava a profundas injustiças, razão pela qual este modelo foi alterado para contemplar valores, princípios e regras de justiça.¹⁴⁰ O mesmo raciocínio vale para as ditaduras em geral que utilizam o direito positivo como máscara para cometer terríveis atrocidades.¹⁴¹ Este positivismo estrito já foi rejeitado pelo Tribunal Constitucional alemão.¹⁴²

Este novo modelo dogmático surgiu da constatação de que o normativismo não traz soluções para todos os problemas jurídicos, fazendo-se necessário buscar valores de justiça na filosofia moral, bem como buscar na filosofia política, critérios de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum.

¹⁴⁰“Desde o julgamento de Nuremberg, que pôs fim em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podem ser iníquos, e mesmo criminosos, notadamente na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme a lei, mas também equitativas, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também, revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. cit., p. 184.

¹⁴¹“A revelação, que hoje já ninguém contesta, dos crimes cometidos pela “justiça” stalinista, expõe de modo cruel o problema do direito positivo em dado país. Será este determinado unicamente pelos textos constitucionais ou legislativos, válidos, promulgados, ou pelo modo como são efetivamente utilizados e aplicados? Não se poderia afirmar, com razão, que por vezes os textos oficialmente promulgados não passam de uma fachada, de uma máscara, atrás da qual se esconde não um Estado de direito, mas um Estado policial, onde reina a mais completa arbitrariedade”. Idem, *ibidem*, p. 199.

¹⁴²“O Tribunal Constitucional Federal expressou-se a este respeito do seguinte modo: A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação dos poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi, no entanto, modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da Justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito”. Idem, *ibidem*, p. 523.

Bonavides leciona que na virada do pós-positivismo, as Constituições promulgadas destacaram a hegemonia axiológica dos princípios, os quais foram convertidos em pedestais normativos sobre os quais assentam todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.¹⁴³

Este paradigma metodológico tem sido chamado por muitos de pós-positivismo, o qual tem se apresentado como a terceira via entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Desse modo, restabeleceu-se a relação entre direito e moral, buscando materializar a relação entre valores, princípios e a teoria dos direitos fundamentais. O referido modelo convive com a norma jurídica e também se abre para uma abordagem de valores morais e sociais compartilhados por toda uma comunidade que assumindo a forma de princípios, são acolhidos pelas Constituições de forma explícita e implícita.¹⁴⁴

Reconhece-se, ainda, o valor da interdisciplinaridade, procurando complementar o sistema normativo com o conhecimento oferecido pelas ciências sociais aplicadas: sociologia, psicologia, criminologia e a economia.

Roberto Barroso discorre acerca da importância do pós-positivismo para o Direito Constitucional como novo marco filosófico: “(...) A superação caminha para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e interpretação.”¹⁴⁵

¹⁴³“A idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do direito natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, proveniente de uma reação intelectual implacável, capitaneada, sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. Na análise crítica do positivismo, Dworkin proclama que, se tratarmos princípios como direito, faz-se mister rejeitar três dogmas dessa doutrina. O primeiro, diz ele, é o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais (*social Standards*) aferidos por algum *test* na forma de regra suprema (*master rule*). O segundo – prossegue – referente à doutrina da “discricionariedade do juiz”. E, finalmente, o terceiro, compendiado na teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra estabelecida de Direito – uma lei – impõe tal obrigação, podendo ocorrer, todavia, a hipótese de que num caso complicado (*hard case*), em que lei não se possa achar, inexistiria a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro. E, se a aplicasse, isto configuraria legislação *ex post facto*, nunca o cumprimento de obrigação já existente. Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal. A par da reviravolta antipositivista de Dworkin, num momento culminante para o advento do pós-positivismo, urge, tocante aos princípios, acompanhar a escalada e o desdobramento da doutrina, desde a tibiaza inicial de Betti e Esser em reconhecer-lhes a normatividade, até as posições mais recentes e definidas do constitucionalismo contemporâneo e seus precursores, que erigiram os princípios a categorias de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora”. BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito constitucional*, cit., p. 270- 271.

¹⁴⁴“Busca-se, assim, formular uma concepção estrutural de Constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”. SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 39.

¹⁴⁵BARROSO Luis R. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006. p. 48.

Este novo modelo é entendido como uma aproximação da ciência jurídica com o jusnaturalismo:¹⁴⁶ “É neste cenário que se pode identificar a emergência de um novo paradigma jusfilosófico, que, na falta de uma denominação mais própria, tem sido chamado de pós-positivista.”

No entanto, o pós-positivismo não retira a importância do direito positivo, mas reconhece que este modelo dogmático falhou em certas circunstâncias. Roberto Barroso resume bem a questão: “O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela.”¹⁴⁷

O pós-positivismo se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Também abre espaço para que as teorias da argumentação jurídica possam auxiliar na fundamentação das decisões judiciais, de forma a propiciar a adesão da comunidade de intérpretes a novos argumentos que unam direito e ética procurando a realização da justiça material, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Este modelo procura formular uma interpretação da dogmática retomando os valores.¹⁴⁸

A interpretação pós-positivista, essencialmente axiológica, associada ao positivismo, deu ensejo a um método denominado “positivista-axiológico”.

Todavia, o método de interpretação é axiológico (valorativo) – dedutivo (positivista cartesiano). O positivismo axiológico usa o direito posto – direito positivo – sem excluir a análise de valores e princípios, na interpretação e aplicação das normas.¹⁴⁹

Para decidir questões que extrapolam as bases herméticas do positivismo formal e legalista que não contém respostas para os problemas de uma sociedade plural e complexa, a teoria do direito concebeu um novo *status* jurídico aos princípios os quais são classificados

¹⁴⁶SOUZA NETO, Cláudio P. de. *Jurisdição constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 134.

¹⁴⁷BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. cit., p. 334.

¹⁴⁸“O sistema constitucional brasileiro segue o modelo metódico de caráter axiológico, eis que possui princípios constitucionais ligados que garantem a efetividade de direitos fundamentais, ao lado de competências tributárias”. ÁVILA, Humberto, cit., p. 190-191.

¹⁴⁹“À luz do positivismo jurídico metódico-axiológico compreende-se a segurança jurídica a partir do sistema jurídico, entendido como uma forma que elabora fins a partir de valores e princípios”. TORRES, Heleno T. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.

como normas jurídicas por grande parte dos filósofos. Alexy e Dworkin abrem espaço para a larga utilização dos princípios em decisões judiciais da maior importância para a sociedade.

Neste cenário o intérprete é co-participante no processo de criação do direito, e o faz não somente mediante o direito positivo, mas, sobretudo, pela abertura hermenêutica possibilitada pela textura aberta dos princípios constitucionais. Não fosse este novo momento da dogmática jurídica, muitas demandas judiciais continuariam reprimidas e muitos direitos continuariam sem resposta das nossas Cortes. O Supremo Tribunal Federal tem decidido questões que envolvem razoáveis desacordos morais como no caso do julgamento da Ação de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que regula a união civil de pessoas do mesmo sexo; julgamento de questões envolvendo o uso medicinal de células-tronco e aborto de fetos anencefálicos. Julgamento do Mandado de Injunção nº 708, onde a Corte reconheceu o direito de greve aos servidores públicos civis, determinando a aplicação da lei relativa à iniciativa privada, concedendo pela primeira vez na história efeito concretista ao mencionado remédio constitucional.

4.6 A interpretação baseada em regras e princípios

No tópico anterior foi posto que o pós-positivismo tem dado grande destaque aos princípios constitucionais, a ponto de considerá-los, normas jurídicas. É através dos princípios que os valores penetram no ordenamento jurídico, notadamente das normas constitucionais, deixando a galáxia metafísica para se incorporarem na realidade jurídica, assumindo a centralidade das Constituições, irradiando-se para todos os ramos do direito, facultando-lhe uma leitura moral.

Os princípios são considerados *standards*, critérios, graus, padrões, vetores interpretativos na busca de soluções para casos concretos.¹⁵⁰ São valores consagrados pela humanidade civilizada tais como: democracia, separação dos poderes, devido processo legal, ampla defesa, isonomia, moralidade, solidariedade, reserva legal e muitos outros. Perelman considera os princípios como lugares específicos do direito, afirmações de ordem muito geral,

¹⁵⁰CARRAZA, Roque A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1090.

pontos de partida de uma argumentação, largamente utilizados na fundamentação das decisões judiciais.¹⁵¹

Os princípios diferem das regras porque não contêm exigências, não são ordens formais de conduta humana, não constituem um dever-ser imperativo com força de lei, passível de sanção. Os princípios com sua flexibilidade, abstração e indeterminação, possibilitam a realização de justiça no caso concreto.

Dworkin - "Levando os Direitos a Sério" - e Alexy - "Teoria dos Direitos Fundamentais" - são os grandes expoentes do pós-positivismo. Através destas obras a interpretação principiológica ganhou fôlego no mundo inteiro. Alexy trata da diferença entre regras e princípios, lecionando que toda norma ou é uma regra ou é um princípio, afirmando que a distinção em apreço é a base da teoria dos direitos fundamentais sendo uma chave para a solução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais: "Neste sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas - mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais".¹⁵²

Este autor considera os princípios como "mandamentos de otimização", pois quando se trata de princípio a ordem é para realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, com graus de satisfação variados, agindo o princípio da proporcionalidade como norte dessa ponderação. Afirma ser possível a existência de conflitos entre regras, e quando isto ocorre o problema é solucionado na dimensão da validade, enquanto as colisões de princípios são resolvidas na dimensão do peso.¹⁵³

Havendo conflitos de regras, ou uma delas deve ser declarada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito.

Canotilho salienta com precisão as diferenças existentes entre regras e princípios afirmando que "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que são ou não são cumpridas".¹⁵⁴

¹⁵¹PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*, cit. p. 159.

¹⁵²ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85.

¹⁵³Idem, ibidem. p. 93-94.

¹⁵⁴"Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: 1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma

Regras são para serem obedecidas de imediato, portanto, descrevem a hipótese de incidência com precisão de seus elementos, prescrevendo a sanção correspondente, se for o caso de normas cogentes. Os princípios não possuem essas especificações, portanto, ficam a cargo do intérprete/aplicador, a construção de seu conteúdo somente no caso concreto.

As regras são classificadas como normas e nesta qualidade ou são totalmente satisfeitas ou não são satisfeitas, não há que se falar em grau de satisfação.¹⁵⁵ Possuem uma estrutura rígida, por isso não admitem ponderações, quando existe um conflito entre duas regras, o intérprete procurará eliminar as antinomias.

As regras operam de forma disjuntiva conforme proposta por Dworkin, ou seja: tudo-ou-nada (all-or-nothing). Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁵⁶

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.¹⁵⁷ E isto é feito através do sopesamento, indicando que os princípios considerados de *per si*, possuem um caráter *prima facie*, já que não são definitivos, podendo ceder em face de outro princípio antagônico de maior peso, sem, contudo, invalidar o princípio cedente.

Para a fixação do princípio que deverá prevalecer, o intérprete/aplicador do direito deve fazer as seguintes perguntas: Qual a importância da aplicação do princípio no caso prático? Será ele decisivo para a solução da questão? Sendo positivas as respostas, deve-se dar prevalência ao princípio que tiver mais importância para o deslinde da questão.

otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas se excluem; 2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade), deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos; 3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; 4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas, devem ser alteradas)”. CANOTILHO, J. J. G., cit., p. 171-172.

¹⁵⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 90-91.

¹⁵⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira 2.ed. SãoPaulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

¹⁵⁷Idem, ibidem, p. 42.

Dworkin traz um exemplo de um neto que cometeu um homicídio para receber uma herança do seu avô, neste caso o herdeiro universal não deverá recebê-la porque cometeu um crime.¹⁵⁸ Afirma que a regra que previa que o herdeiro universal seria agraciado com todo o patrimônio do falecido não será aplicada. Deverá ser aplicado o princípio segundo o qual “ninguém pode ser beneficiado com a sua própria torpeza”, pois seria imoral que alguém fosse galardoado com um patrimônio adquirido mediante um homicídio.

Para que haja um julgamento baseado em valores de justiça, o juiz deve afastar a regra e aplicar o princípio acima mencionado, para combater a cobiça e ganância do herdeiro criminoso.

O choque de normas constitucionais pode ocorrer de três maneiras: colisão de princípios constitucionais; colisão entre direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.¹⁵⁹ Dworkin entende que o direito deve ser visto como integridade, composto pelas regras escritas e por princípios. Leciona que princípio é um padrão que deve ser observado para satisfazer uma exigência de justiça ou de equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹⁶⁰

Em outro ponto da obra acima mencionada, distingue princípios de políticas, afirmando que os primeiros são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.

Os princípios também são utilizados indiretamente como condicionantes da interpretação de uma regra. Como mandados de otimização podem ser plasmados de variadas formas, concretizados em diferentes graus, tornando-se argumentos que podem fundamentar várias decisões judiciais, trazendo a justiça para o caso concreto. Não existe hierarquia jurídica entre regras e princípios, em decorrência do princípio da unidade da Constituição.

A teoria da colisão e ponderação dos princípios constitucionais fundamenta-se na afirmação de que não há direito fundamental absoluto, por essa razão, os tribunais são chamados a resolver casos concretos de choque de princípios. Em recente decisão o Supremo Tribunal Federal foi chamado a eliminar uma controvérsia entre os princípios da liberdade de expressão e a vida privada, no caso das biografias não autorizadas.

¹⁵⁸DWORKI, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, cit., p. 41.

¹⁵⁹BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. cit., p. 358.

¹⁶⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. cit., p. 36.

Neste caso, a Corte optou pelo princípio da liberdade de expressão, afastando o princípio da proteção à intimidade, ponderando que no caso posto, este princípio tinha menor peso.

Também em recente julgamento de ação direta de inconstitucionalidade contra artigo de lei que autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos houve um choque entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. A Corte decidiu a favor da constitucionalidade da lei, dando maior peso a este último princípio, liberando a referida pesquisa.

Inocência Coelho afirma que não há conflito entre os princípios, não sendo necessária a formulação de regras de colisão, pois esta espécie normativa parece não se prestar a provocar conflitos, criando, no máximo estados de tensão ou “mal-estar hermenêutico”.¹⁶¹

Os princípios conduzem a uma aproximação entre o direito e a moral, tendo total aplicação na equação dos chamados “casos difíceis”,¹⁶² assim chamados por conterem matéria com razoável desacordo moral, ou seja, assuntos em que não há unanimidade na sociedade, são decididos com base nesta metodologia pós-positivista, pois as antigas fórmulas subsuntivas do direito positivo não são capazes de dar respostas satisfatórias para um tipo de demanda decorrente de uma sociedade repleta de complexidades sociais.

Existe uma íntima conexão entre a “jurisprudência dos valores” ou “jurisprudência dos princípios” com a “jurisprudência dos problemas”, ou simplesmente tópica jurídica.

4.7 A interpretação tópica

A partir da metade do século passado o modelo positivista deu sinais de insuficiência, devido a sua estrutura rígida fundamentada exclusivamente na norma.

¹⁶¹COELHO, Inocência M. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 123.

¹⁶²Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta dentro da ciência jurídica, fazendo com que o intérprete/aplicador tenha que criar uma solução argumentativamente à luz do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao direito. BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 335.

O método axiomático-dedutivo não era o bastante, de forma a permitir que as decisões fossem justas e, por tal razão, a tópica consistiria na maneira em alcançar a justiça, já que os casos concretos eram compreendidos como problemas.

Dentro deste contexto do pensamento jurídico, verificou-se uma virada do discurso metodológico, até então fixado sobre o formalismo sistemático de matriz lógico-dedutiva, onde não havia lugar para os valores na aplicação do direito.

Fez-se necessário construir um novo modelo de legitimação para as decisões judiciais através do reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do Direito, isto porque a lógica formal de origem cartesiana não apresentava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Buscou-se, então, construir um modelo de fundamentação mais condizente com a decisão jurídica, visando sua validade e eficácia.

Viehweg ressuscitou a tópica aristotélica afirmando que esta forma metodológica de raciocínio jurídico consiste em uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, sendo uma “técnica do pensar problemático”.¹⁶³ O pensamento tópico foi extraído da retórica e se restringe a um sistema argumentativo, está integralmente orientado para problemas.¹⁶⁴

A tópica não é propriamente um método, mas um modo de pensar por problemas sobre o qual irá buscar soluções. O problema, portanto, aparecerá como um dado que orientará a argumentação e redundará numa solução. Procura-se pensar o problema, fazendo secundário o sistema, dissolvendo-se a hegemonia da norma, pelos menos nos termos formais do positivismo técnico-jurídico.¹⁶⁵

Para resolvê-los, tanto no campo da investigação como no da dogmática, oferece uma combinação de pontos de vista (*topoi*),¹⁶⁶ os quais se constituem num catálogo de argumentos

¹⁶³“A tópica é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou Cícero, ao diferenciá-la, como a *ars inveniendi*, da lógica demonstrativa ou *ars iudicandi*”. (Cf. supra, § 2, II, 2). VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio F. J. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p.39-40.

¹⁶⁴“Viehweg reconhece que o retorno da retórica à Teoria do Direito ocorre em virtude da necessidade de construção de uma teoria satisfatória para o direito, posto que constatou a incapacidade de um sistema axiomático-dedutivo fornecer fundamentos aceitáveis à prática judicial.” VIEHWEG, Theodor, cit., p.34.

¹⁶⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 186.

¹⁶⁶Catálogo de *topoi*: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generali*; *Res judicata pro veritate habetur*; *Ne ultra petita*; *Et audiatur altera pars*; *In dúbio pro reo* ou *in dúbio pro libertate*; *Nemo plus iuris transfere potest quom ipse haberet*; *Casum sentiti dominus*; *Res periti dominum*; *Quisquis praesumitur bonus*; *Venire contra factum proprium*; *Jura scripta vigilantibus*; *Favor legitimatis*; Na dúvida deve-se dividir em partes iguais; Em uma divisão, recorrer-se-á, em último recurso, ao sorteio; Quem cometeu uma falta deve arcar com as consequências; O silêncio não obriga a nada; O direito exige sanções; A chicana é proibida; A confiança merece proteção; Deve-se usar os meios menos danosos; Ninguém é obrigado ao impossível; A arbitrariedade é proibida.

ou máximas universalmente aceitas por um entendimento comum que torna a prova possível, e que auxiliam na resolução dos problemas.¹⁶⁷

Essas máximas podem ajudar o julgador a encontrar conclusões dialéticas em relação ao problema que se apresenta na forma de perguntas. Em muitas situações a decisão judicial comporta mais de uma resposta, dependendo da perspectiva adotado pelo julgador, todavia, a melhor decisão deverá ser a mais razoável, adequada e justa.

Para alcançá-la o julgador pode se valer de argumentos tópicos, constante de *topoi* plenamente aceitáveis pela ciência jurídica. Os *topoi* ingressam na hermenêutica constitucional, para torná-la mais ampla e aberta, maleável e acessível à utilização de elementos concretos e valorativos.

É o decisionismo no caso concreto, visto por todos os ângulos possíveis, ao contrário do dedutivismo lógico dos normativistas.¹⁶⁸

A tópica é usada para fundamentar os raciocínios dialéticos e retóricos e visa solucionar as aporias do direito, posto que as operações lógico-dedutivas não são suficientes para apresentar soluções para as controvérsias judiciais que requerem uma racionalidade prático-argumentativa fomentada sempre no debate entre as partes litigantes.¹⁶⁹

A tópica orienta e dá forma ao discurso jurídico mediante um processo dialético de teses e antítese, com a intenção de persuadir o ouvinte. É construída com base na dialética, que nada mais é do que um conjunto de premissas aceitas como verdadeiras pela comunidade e se reveste como sendo uma arte de trabalhar com opiniões opostas, capazes de instaurar diálogos que se confrontam, formando um procedimento crítico, baseado na prudência.

Margarida Camargo, citando a obra de Viehweg, defende a argumentação dialética em vez da analítica, reconhecendo que as tensões estabelecidas entre teses e antíteses estimula o

¹⁶⁷Neste mesmo sentido manifesta-se Alexy afirmando que a tópica se constitui numa técnica em busca de premissas, que a teoria dos tópicos advoga a consideração de *topo* ponto de vista possível que se relacione com a questão em pauta. Dentro desse contexto os catálogos de *topoi* podem tornar-se úteis. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 31.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, cit. p. 187.

¹⁶⁹ “A razão prática vincula-se à ideia de justificação. A justificação constitui-se num procedimento inerente às controvérsias em geral, bem como às decisões judiciais. A justificação concerne a uma disponibilidade para a ação que demanda uma argumentação racional. A nova retórica buscou resgatar uma racionalidade desenvolvida através de mecanismos não formais do pensamento, após a compreensão de que a análise dos valores deve estar presente em toda decisão judicial. Perelman entende que a decisão judicial deve pôr fim à controvérsia, caso contrário o debate seria interminável”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p.165.

debate, promovendo a invenção, mostrando-se adequada a explicações mais complexas, apesar de dificultar a tomada de decisão.¹⁷⁰

A utilização de argumentos tópicos ocorre sempre quando o juiz se encontra diante de uma situação problemática dotada de ausência de caminhos para a sua solução. Nestes casos poderá aplicar a tópica a qual vai mostrar as saídas para o problema aparentemente sem solução.

A tópica auxilia o julgador na interpretação e na tomada de decisões com base em argumentos provenientes de máximas oriundas do mundo dos fatos, sobretudo quando se encontra frente às aporias, antinomias e lacunas judiciais¹⁷¹ ou nas “zonas marginais”, dando suporte à criação de novos direitos, atuando os juízes como legisladores ocasionais.¹⁷²

De fato, a tópica auxilia a criação do direito e o magistrado pode ir a busca de um *topoi* para a construção da norma de decisão do caso concreto.¹⁷³ O procedimento interpretativo se move numa esfera de livres alternativas, que se acham, todavia, demarcadas pela problemática da interpretação e não se deduzem de uma regra genérica.¹⁷⁴

Bobbio salienta que as máximas constituem um suplemento das leis: “Junto ao santuário das leis, se forma um conjunto de máximas, de decisões e de doutrina que constitui um verdadeiro suplemento desse santuário de leis”.¹⁷⁵ Para alguns a tópica pode representar uma saída para os problemas metodológicos deixados em aberto pelo conflito entre positivismo e jusnaturalismo no que diz respeito à relação entre direito e moral, legalidade e legitimidade.¹⁷⁶

¹⁷⁰CAMARGO, Margarida M. L. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 146.

¹⁷¹ “A argumentação tópica guia-se pela intuição, que a precede. Colocado ante o caso ‘sub judice’, o sujeito cognoscente (o magistrado), com o auxílio das noções jurídicas, terá, com o emprego da intuição, possibilidade de operar a subsunção e, em caso de omissão normativa, de aplicar os argumentos analógicos, os costumes e os princípios gerais de direito às espécies propostas e de corrigir antinomias. Enfim, poderá fazer um ‘diagnóstico jurídico’”. DINIZ, Maria H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 487.

¹⁷² “O juiz tem que interpretar a lei sempre que a sua aplicação ao caso decidendo exija uma clarificação do seu conteúdo; sobretudo se o fenômeno a julgar está na zona marginal de um conceito ou de uma representação geral e não em seu domínio nuclear.” LARENZ, Karl, cit., p. 367.

¹⁷³ “O magistrado deve lançar mão de argumentos fundamentados em *topoi* oriundo do mundo dos fatos, que também podem ser entendidos como pesquisa dos valores socialmente compartilhados. Dadas as possibilidades interpretativas postas pelo texto da norma, o intérprete deve optar, no sentido de obter a adesão à sua decisão, pela interpretação que corresponda à moralidade predominante em sua comunidade”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de., cit. p. 191.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paul. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 494.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, cit., 2006. p. 75.

¹⁷⁶ SOUZA NETO, Cláudio P. de, cit., p. 131-132.

A tópica é muito criticada por não usar o método sistemático, visto que parte sempre do problema, em busca de premissas. A solução do caso concreto, isto é, do problema vai ser construída argumentativamente, através do método dialético-retórico. Nisto difere das ciências naturais, por não ser analítica, isto é, não se pode demonstrar a veracidade de suas premissas. Utiliza-se da razão prática, ou seja, das razões utilizadas pelo julgador na sua decisão. Não vai à procura dos conceitos jurídicos para a formulação da decisão e sim procura no caso concreto a necessidade de fazer justiça concretamente. A tópica é aberta, isto é, baseada na prudência, sabedoria, discernimento, bom-senso, capacidade de tomada de decisões corretas.¹⁷⁷

Quando a norma não trazer solução para o caso concreto o magistrado poderá utilizar-se de citações de doutrinadores, argumentos analógicos, costumes e dos princípios gerais do Direito. O órgão jurisdicional, primeiramente, verificará todas as hipóteses ou premissas, mediante as argumentações dogmáticas e zetéticas e depois, através da lógica, demonstra a norma mais adequada para o caso concreto.

Argumenta-se que a tópica produz insegurança jurídica por não usar um método lógico-sistemático e sim retórico-dialético. Um argumento tido por verdadeiro pode ser afastado, diante de outro argumento mais forte. Sofre crítica pela procura da justiça no caso concreto, todavia, sem fornecer elementos que possam ser utilizados racionalmente nas decisões judiciais. Quais seriam os critérios para a busca do justo? Com que conceito de justiça trabalha a tópica? A essas perguntas Viehweg não oferece respostas.

Lênio Streck também critica o pensamento tópico afirmando que o fato de se ligar “ao problema” não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional dependente do velho silogismo aristotélico, e da subsunção legal. Torna-se também necessário chamar a atenção para as insuficiências do assim denominado modelo tópico-retórico, isto porque, muito embora Viehweg diga que a tópica se distingue do dedutivismo, sua dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. A tópica pressupõe um grau de elasticidade, favorecendo que o valor da justiça se sobreponha, trazendo luz ao julgador quando este se encontra diante das complexas questões para as quais o direito não oferece saída, as quais têm sido comumente chamadas de aporias jurídicas.

¹⁷⁷ Cf. O Juiz Hércules é um personagem citado por Ronald Dworkin o qual sempre toma decisões corretas, um super juiz, conhecedor de todos os problemas humanos e portador de toda a sabedoria e prudência para tomar a melhor decisão em face dos problemas apresentados.

5. A teoria da argumentação em Chaïm Perelman: a nova retórica

A Nova Retórica constitui-se numa das últimas fases do desenvolvimento da retórica nos tempos atuais, tendo sido idealizada por Chaïm Perelman, o maior estudioso do assunto nos tempos modernos.¹⁷⁸ Perelman não desvaloriza a retórica clássica, pelo contrário, a valoriza, incluindo também na Nova Retórica a “invenção”, ou seja, a busca de provas que nos levam a uma maior precisão. Recupera a dialética de Aristóteles, batizando esta de retórica. Isso se deve ao fato de que ambas têm um ponto em comum, supõem um auditório e intentam persuadir alguém.

O conceito de auditório do autor não coincide com o conceito da Antiga Retórica, pois esta era totalmente voltada para o discurso e a teoria da argumentação está voltada para obtenção da adesão do auditório mediante uma tese exposta pelo orador. Defende uma argumentação baseada na retórica, opondo-se ao racionalismo cartesiano e sustenta sua teoria procurando demonstrar que a argumentação não trabalha com verdades irrefutáveis centradas na ideia de evidência.¹⁷⁹

A teoria da argumentação¹⁸⁰ de Perelman vai de encontro ao método do pensamento linear, *moregeométrico* proposto por Descartes, isto é, a filosofia da evidência, e se envereda por um raciocínio compatível com a vida prática.¹⁸¹ Em seus estudos, o autor interessou-se pela criação de uma metodologia jurídica que incluísse uma lógica dos juízos de valor, ou seja, de uma lógica que pudesse fornecer critérios objetivos e universais para a aferição de valores, em vez de relegá-los ao arbítrio de cada um. O modelo geométrico limitava o estudo da lógica ao método científico e da razão à solução de problemas meramente teóricos, em total abandono dos problemas humanos relegados ao campo da emoção.

¹⁷⁸Chaïm Perelman foi filósofo e jurista, nascido na Varsóvia e há muitos anos professor em Bruxelas, começou estudando lógica de Gottlob Frege. Posteriormente, ele se voltou para a análise lógica dos julgamentos de valor e outros conceitos de valoração. Ele chegou à conclusão que os julgamentos de valor nem podem ser justificados simplesmente através da argumentação empírica (naturalismo), nem por qualquer tipo de auto-evidência (intuicionalismo). Nesse estudo sobre a justiça que foi publicado em 1945, ele chegou à conclusão de que ao menos os princípios básicos de cada sistema normativo são arbitrários. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, cit., p.129.

¹⁷⁹PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*, cit., p.20.

¹⁸⁰Cf. A teoria da argumentação combate essa ideia de evidência, como caracterizadora da razão. Assim, a ruptura com o cartesianismo possibilitou a elaboração do Tratado da Argumentação, no qual foram estabelecidos parâmetros para a formulação de investigações no campo dos raciocínios não-formais.

¹⁸¹CAMARGO, Margarida M. L. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*, cit., 194-195.

Para o referido modelo é possível demonstrar a veracidade de alguns fatos e de proposições lógicas e matemáticas, mas nunca de um juízo de valor. Através das leis da lógica formal, sempre se pode concluir um resultado que é verdadeiro em qualquer parte do mundo, mas esta mesma lógica não pode dar respostas concretas quando enfrenta a questão dos juízos de valores, pois estes são sempre controvertidos, não havendo, portanto, possibilidade de uma solução racional para todos os problemas que envolvam questões valorativas.

Diante de tais circunstâncias Perelman procurou desenvolver uma racionalidade prática mediante uma lógica específica dos juízos de valores, posto que nem tudo é uma demonstração evidente, mas existem outras relações que não estão sujeitas ao argumento da indiscutibilidade, ou seja, estão no âmbito das relações humanas. Ressalta o autor que não se pode em uma discussão negar ou subtrair os valores simplesmente, mas sim discuti-los e interpretá-los, ao passo que rejeitá-los seria dar primazia ao domínio da força e não da discussão.¹⁸²

Para tratar com os valores buscou criar uma lógica ressuscitando a retórica e a dialética como instrumentos para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação, sem abandonar o campo da razão, transcendendo as categorias da lógica formal.¹⁸³ Perelman concluiu que não há uma lógica dos juízos de valores, mas que nos campos do conhecimento relativos à moral, política, filosofia, religião, pode-se recorrer a técnicas discursivas que permitam provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam.

Diz o autor que no domínio das decisões da vida prática e das decisões judiciais, não há argumentação correta ou incorreta, mas decisões que se legitimam por serem mais adequadas e razoáveis. As deliberações humanas deixam de ser arbitrárias e demonstram a sua validade à medida que se apresentam por meio de justificativas. O seu fundamento de validade é dado pela força do argumento que a justifica e valoriza.

No campo da argumentação, recorre-se aos valores para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas em vez de outras, bem como para justificar estas de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas pela audiência. Em meio à análise das técnicas de persuasão e argumentação, Perelman desenvolveu estudos acerca da necessidade de uma adaptação do

¹⁸² PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*, cit., p. 84-85.

¹⁸³ Por um lado, se pode dizer que a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica porque, como vimos anteriormente, os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica: por exemplo, da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal, às vezes chamadas de “lógica material” ou “lógica informal”, e outras vezes de “tópica”, “retórica”, “dialética” etc. ATIENZA, Manoel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. Madri, Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Landy. p. 52.

discurso aos ouvintes, o qual procurará persuadir a fim de garantir a adesão para a tese proposta.¹⁸⁴

Como método dialógico, procura o diálogo entre o orador e o interlocutor que Perelman chamará de “auditório”. Dentro da esfera judicial, a teoria da argumentação tem especial destaque, sendo importante que os advogados conheçam os precedentes judiciais de determinado tribunal a fim de facilitar o seu trabalho de argumentação processual.

Por outro lado, os tribunais devem estar atentos ao que a sociedade estabelece como justo, útil e razoável para determinados fatos, pois a decisão judicial se legitima pela aceitação deste auditório.

Toda argumentação judicial é voltada para obter a adesão do julgador para a tese inicialmente proposta com a qual a parte espera lograr êxito. A argumentação será posta com o uso de valores, opiniões, acordos, os quais não são raciocínios sujeitos à ideia de evidência e de prova matemática, pois a verdade da lógica argumentativa é de possibilidade e probabilidade. O tipo de verdade que se extrai através da lógica formal é absoluta, pois premissas e conclusões são incontestáveis.

As sociedades complexas e plurais exigem uma interpretação do direito que reconheça novos valores sociais, familiares, culturais e econômicos. A interpretação baseada no silogismo não consegue apresentar respostas para os problemas do homem concreto, em virtude das diferentes perspectivas e necessidades humanas que constantemente entram em choque, necessitando do embate de ideias para a formação de uma conclusão.

A racionalidade decorrente do método formal de característica universal, impessoal, neutro, não é suficiente para responder às questões humanas, que se nutrem da polêmica, requerendo, por isso, um processo de sopesamento às opiniões contrárias em que se faça um confronto de ideologias que existem dentro das modernas sociedades.

A lógica formal trabalha com um procedimento racional válido, isto implica dizer que um experimento matemático ou físico ocorrido nos Estados Unidos será o mesmo experimento ocorrido no Japão, já que tais tipos de raciocínios se rendem à prova da

¹⁸⁴“Perelman percebe, em primeiro lugar, que a busca da verdade a partir de opiniões, através do método dialético, pressupõe o diálogo. Por isso, diferentemente da filosofia contemplativa ou da pesquisa empírica, não basta ao sujeito sozinho buscar as evidências; é necessária a presença do interlocutor, que Perelman chamará de ‘auditório’. Onde não há evidência, há dúvida, e onde a dúvida predomina, a argumentação faz-se necessária. Portanto, a relação é dialógica. Com isso, Perelman dá curso à Nova Retórica, pois recuperará dos antigos a prática dialética, fazendo-a ressurgir do obscurantismo a que havia sido relegada pela escolástica, pelo racionalismo e empirismo”. PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação*, cit., p 208.

evidência, ou seja, a validade das premissas determina a validade das conclusões, desde que observado o procedimento demonstrativo pré-determinado¹⁸⁵.

Assim, não há como a lógica formal, caracterizada por lei universal, neutra e monológica, responder a questões dialéticas como as postas sob a apreciação do Poder Judiciário. A dialética corresponde à arte ou método para o diálogo, no qual perspectivas diferentes se enfrentam, mediante um discurso confrontado pela oposição dinâmica de opiniões divergentes. Os raciocínios humanos não se limitam à demonstração ou evidência, muito menos o raciocínio desenvolvido nas ações judiciais, posto que trabalham com ideias, valores e emoções.

Há um tipo de raciocínio que não se enquadra na perspectiva da demonstração. Os raciocínios da argumentação retórica contemplam a adesão da mente a teses que se apresentam sob a forma de opiniões razoáveis, estão dentro do campo do provável, verossímil, plausível e do preferível ou razoável. Tais tipos de raciocínios escapam à certeza do cálculo lógico e da prova indiscutível ou formal.

As ciências humanas e sociais não operam com os raciocínios lógico-formais que impõem conclusões de modo necessário e impessoal. A lógica da argumentação analisa e contempla a liberdade de escolha de decisões razoáveis, as quais buscam na esfera jurídica legitimação social através da fundamentação das decisões judiciais.

Este tipo de lógica jamais poderá orientar as decisões morais do homem, mesmo porque cada sociedade tem um código próprio de valores morais, o que colidiria com a pretensão universal da lógica formal.

Perelman defende a ideia de que nos raciocínios dialéticos não há demonstração, mas argumentação; os raciocínios dialéticos foram denominados de argumentos, que são diferentes do raciocínio lógico-formal. Os primeiros se preocupam com a adesão e os últimos com a demonstração da verdade. Explica ainda que um argumento provoca ou aumenta a adesão de um auditório a certas opiniões quer se trate de julgamentos de verdade ou de valor.

O ponto em comum existente nos raciocínios dialéticos e analíticos é que ambos passam das premissas às conclusões, sendo que os raciocínios analíticos operam o binômio falso/verdadeiro; já os raciocínios argumentativos se satisfazem com o plausível ou razoável.

¹⁸⁵ MONTEIRO, Cláudia S. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica. Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro:Lumem Juris, 2003, p. 28.

Estes últimos tipos de raciocínio têm larga aplicação nas decisões judiciais, mormente quando são construídas com bases em princípios constitucionais.

6. A teoria da argumentação na fundamentação das decisões judiciais

A Revolução Francesa, ao romper com o velho regime, trouxe consigo a necessidade da motivação das decisões judiciais, fazendo com que fossem explicados os motivos e os procedimentos adotados na tomada das decisões pelos órgãos públicos. O Poder Judiciário trabalha com a tomada diuturna de decisões, devendo explicar as razões que geraram a escolha do juiz e sua base legal, bem como motivar as decisões através de argumentos aceitáveis e compreensíveis dentro e fora do meio jurídico.¹⁸⁶

A aplicação mecânica de silogismos revela a incapacidade de proporcionar decisões judiciais legítimas. Para se desincumbir da tarefa de proferir uma decisão justa e socialmente aceitável, o juiz deverá fundamentar a sua decisão a fim de que o auditório possa compreendê-la. A prática do direito consiste fundamentalmente em argumentar, sendo considerado bom jurista aquele que sabe expor com habilidade suas ideias. Toda a argumentação produzida dentro de um processo judicial visa convencer não só as partes envolvidas no litígio, mas seus advogados, a opinião pública e tribunais. Motivando uma decisão é dizer as razões pelas quais o julgador eliminou o litígio, explicando às partes como chegou àquele posicionamento.¹⁸⁷

Perelman destaca a importância que a motivação exerce para os jurisdicionados: “A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de maldizer os juízes.”¹⁸⁸ Através da motivação o juiz procura ser compreendido, bem como convencer, através de seus argumentos, o acerto de sua decisão.

Na elaboração da sentença, não basta a afirmação dogmática e desmotivada que produz um cerceamento de direitos das partes, é necessário apontar quais os motivos

¹⁸⁶MENDONÇA, Paulo R. S. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137.

¹⁸⁷“Motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz”. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p. 222.

¹⁸⁸ PERELMAN, Chaïm. *Idem*, ibidem, p. 210.

ensejadores da decisão. O artigo 93, IX, da Constituição Federal impõe aos juízes o dever de fundamentar as decisões judiciais, sob pena de nulidade do ato decisório.

Na fundamentação das decisões prolatada pelos juízes ou tribunais está revelada a interpretação dada ao ordenamento jurídico, de modo a produzir a legitimação democrática. O requisito da fundamentação é matéria de ordem pública e os nossos tribunais têm decidido neste sentido.¹⁸⁹

É necessário que as decisões judiciais sejam motivadas para afastar-se a arbitrariedade e o subjetivismo, permitindo que sejam interpostos recursos combatendo as citadas razões. Fundamentar quer dizer esmiuçar as questões postas no processo, revelando que o julgador efetuou uma ponderação aprofundada das questões suscitadas, tanto fáticas como jurídicas.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 984, § 2º, inovou a ordem jurídica processual, determinando uma mudança radical na fundamentação das decisões judiciais, numa alargada visão constitucional do direito de defesa e do contraditório, ou seja, todos os argumentos trazidos pelas partes terão obrigatoriamente que ser considerados e analisados para o acolhimento ou para rejeição das pretensões.

A nova fundamentação trazida pelo novel código de ritos civil prestigia a defesa e favorece um maior controle da legalidade e da legitimidade das decisões judiciais. A sentença tem que explicar as conclusões resultantes das declarações e depoimentos colhidos em audiência, documentos apresentados, com a valoração dos fatos e da prova de forma crítica, bem como a análise de todos os argumentos trazidos pela peça vestibular e pela defesa, e interpretação dado ao ordenamento jurídico, com a conclusão final racionalmente justificada.

A atividade jurisdicional precisa ser fundamentada a fim de produzir um maior controle dos atos judiciais, pois não existe democracia onde não houver a possibilidade do exercício do controle da racionalidade da decisão.

Na tomada de decisão judicial tem-se um discurso racional. Quem decide ou quem apela ao atendimento de outro deve fundamentar para ser entendido e para convencer o seu auditório, através da obtenção do consentimento.¹⁹⁰

¹⁸⁹“(…) A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos (...)” Habeas Corpus nº 68.530 – São Paulo. Relator Ministro Celso de Melo. Paciente: J.ª Coator: T.J. do Estado de São Paulo.

¹⁹⁰FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo:Atlas, 2001. p. 318.

Atienza, citando MacCormick, ratifica o entendimento acima mencionado, acerca da importância da função justificadora da argumentação desenvolvida dentro de um processo, visando persuadir o julgador a fim de garantir a justiça no caso concreto.¹⁹¹

As decisões judiciais devem ser não só fundamentadas dentro do ordenamento jurídico, como também devem possuir uma aceitação social. Assim, a teoria da argumentação e da retórica tem participação na evolução do direito.

Os juízes não devem se contentar com a correção formal, mas torná-las convincentes, através de uma argumentação que deve visar persuadir, partindo de pontos de vista compartilhados pelo auditório.

No direito vige a máxima de que aquele que alega tem o dever de provar. O discurso jurídico posto em um processo judicial é essencialmente dialético, tendo em vista os imperativos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Em todo o processo judicial, a teoria da argumentação está presente.

Neste campo da decisão judicial, a teoria da argumentação visa criar uma nova lógica que não seja matemática, puramente racional, mas uma lógica do preferível, ou seja, a solução mais adequada para o caso concreto.

Através da fundamentação a sentença demonstra se é equitativa, oportuna e socialmente útil. O juiz consciente de suas responsabilidades procura justificar a sua decisão para que se torne aceitável pelas partes, que neste caso, é o seu auditório que precisa ser convencido. Permite, também, que a parte vencida possa exercer argumentos dialéticos através de recursos previstos no sistema processual.

A decisão não se dirige só às partes envolvidas num processo judicial, gerando precedentes, e por tal razão, tem a função de tornar-se aceitável, não só pelas partes, mas também juristas, instâncias superiores e por toda a comunidade.

¹⁹¹Essa função justificadora está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso da argumentação jurídica -, se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes. Até quem afirma que a argumentação explícita que pode ser encontrada nas sentenças judiciais visa encobrir as verdadeiras razões da decisão estaria, na realidade, pressupondo a ideia de justificação; assim, justificar uma decisão jurídica quer dizer dar razões que mostrem que as decisões em questão garantem ‘a justiça de acordo com o direito’. ATIENZA, Manuel. *Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madri: Land, p.172.

O juiz tem a obrigação de interpretar/aplicar a lei de forma atualizadora, criando direito no caso concreto, gerando os precedentes judiciais que serão utilizados em casos semelhantes.

Os juízes de primeiro grau se preocupam mais com a justiça de suas decisões; já os tribunais superiores buscam preservar a coerência do sistema, utilizando argumentos consequencialistas, a fim de manter a coerência e sobrevivência do sistema econômico e político, ou seja, estão mais preocupados em manter o *status quo* do que produzir decisões justas.¹⁹²

Motivar uma sentença é justificá-la, não através de um modelo demonstrativo, mas de um modelo argumentativo, formado por acordos prévios, através dos quais possa se chegar não só ao justo, mas ao razoável e socialmente aceitável.¹⁹³

Os acordos prévios podem ser valores compartilhados pela comunidade, os quais servirão de argumentos fortes para a fundamentação da decisão judicial. A motivação deve se adaptar ao auditório que pretende persuadir, respondendo às exigências em matéria de Direito e de Justiça, à ideia que se forma do papel e dos poderes do juiz.

Os direito que se praticava antes da Revolução Francesa estava ancorado na ideia de realeza da figura do juiz, portanto, não precisam interpretar e nem motivar as decisões judiciais. O direito democrático exige a fundamentação da decisão, posto que o destinatário final da função jurisdicional é a sociedade que espera do Poder Judiciário decisões justas, razoáveis, úteis e socialmente aceitáveis.

Nesse sentido podemos encontrar a legitimação social da sentença que se dirige à comunidade, em total respeito e consagração dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.¹⁹⁴

¹⁹²“As jurisdições superiores, por terem o cuidado de unificar a jurisprudência e de estabelecer a paz judiciária, se esforçam em convencer as cortes e tribunais de que a solução por elas apresentadas é, todas as vezes, a mais conforme ao direito em vigor e a mais adequada aos problemas que se procura resolver. Essa dupla perspectiva, que visa a conciliar a segurança jurídica com a equidade e o interesse geral, tem como consequência que a maioria dos problemas jurídicos é resolvida não pelo enunciado da única resposta evidente, e sim por um arranjo que resulta, em geral, de um esforço de preservar os diversos valores que se devem salvaguardar”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, cit., p. 567.

¹⁹³“É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às consequências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis e aceitáveis”. Idem, *ibidem*, p. 570.

¹⁹⁴“A motivação das decisões judiciais é uma expressão da faceta argumentativa do direito, sendo inclusive um importante fator de legitimação dos tribunais superiores no Estado democrático de direito. Por outro lado, a motivação traz fundamentos de ordem técnica para a decisão, dirigidos à comunidade jurídica; por outro, representa um discurso voltado a persuadir a sociedade como um todo da adequação da linha decisória adotada. Assim, ao fundamentar a sua decisão, o juiz faz uma costura entre o arcabouço conceitual e principiológico

7. A racionalidade prático-argumentativa

O ideal racionalista determinou o surgimento do positivismo, do empirismo lógico e a marginalização da metafísica e da possibilidade do uso da razão prática. A razão prática tem como base a conduta ética, buscando reconhecer uma lógica do correto, a qual não está condicionada ao modelo cartesiano de razão.¹⁹⁵ Perelman procura liberar a razão prática da irracionalidade e o faz através da teoria da argumentação.

A razão teórica requer a prova, a razão prática requer o consentimento. A razão teórica não necessita do consentimento, posto que baseada em axiomas universalmente aceitos, onde a conclusão resulta logicamente da análise das premissas postas. Reclama o consentimento, em outras palavras, a aceitabilidade do auditório universal, não empírico, composto da totalidade de seres racionais.¹⁹⁶

A razão prática emerge da necessidade de se estabelecer critérios e regras capazes de guiar as ações. A razão teórica utiliza as provas analíticas ancoradas em certezas incontestáveis. Diferentemente da lógica formal, a dialética existente entre a razão e vontade, no raciocínio prático, nos conduz à dialética da argumentação, posto que esta só é concebida em função da ação. Compreende-se que a razão prática demanda uma mudança do paradigma da racionalidade jurídica tradicional, cartesiana, positivista e dogmática.

As ciências sociais, dentro das quais o direito se inclui, não opera com provas demonstrativas cartesianas, mas com um tipo de racionalidade oriunda das questões controvertidas, das opiniões. A melhor opinião será aquela que apresenta uma melhor justificação. A razão prática vincula-se à ideia de justificação. A justificação constitui-se num procedimento inerente às controvérsias em geral, bem como às decisões judiciais. A

existente no sistema normativo e as peculiaridades do caso sob exame, o que traduz uma clara harmonização entre os pensamentos tópicos e sistemáticos no direito”. MENDONÇA, Paulo R. S. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377.

¹⁹⁵A razão teórica, em linhas bastante gerais, corresponderia ao resultado proveniente da contemplação das coisas, cujo movimento provoca ações e reações mútuas passíveis de demonstração. A razão prática, a seu turno, tem como base a conduta ética, buscando reconhecer a lógica do fazer correto, isto é, os motivos que determinam que tal posição deva ser assumida em lugar de outra também possível. Tratando-se, portanto de um ato deliberativo, o mesmo possui como principal parâmetro de correção a aceitação do outro, também ser razoável, apto a interpretar como correta a atitude assumida. CAMARGO, Margarida M. L. *Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. O Movimento de Superação do Positivismo Jurídico na Aplicação dos Direitos Fundamentais*. p. 04.

¹⁹⁶MONTEIRO, Cláudia S., cit., p.155.

justificação concerne a uma disponibilidade para a ação que demanda uma argumentação racional.

A nova retórica buscou resgatar uma racionalidade desenvolvida através de mecanismos não formais do pensamento, após a compreensão de que a análise dos valores deve estar presente em toda decisão judicial, a qual tem por objetivo pôr fim à controvérsia, caso contrário, o debate seria interminável.¹⁹⁷

A razão prática orientará o julgador a buscar uma lógica do razoável, buscando sempre a decisão que encontre uma melhor aceitação pelas partes, tribunais e toda comunidade. Tal ideia de aceitabilidade vincula-se à criação de precedentes judiciais. Quando se argumenta que a decisão segue um precedente, a necessidade de justificação torna-se dispensável. Mas para mudar uma opinião aceita sob condições normais demanda-se uma justificação maior para a sua alteração. Se a mudança ocorrer sem justificação será rotulada de arbitrária e sem qualquer sentido de razoabilidade.

8. A legitimidade democrática das Cortes Constitucionais para a criação de direitos

A democracia, do ponto de vista formal, é um arranjo institucional que segue a vontade da maioria, vale dizer, as leis são aprovadas levando-se em conta as decisões majoritárias.

Todavia, as deliberações democráticas consagradoras dos interesses das maiorias ficam devendo o reconhecimento dos direitos das minorias, pois estas nunca ou quase nunca, têm as suas pretensões reconhecidas pelos representantes do povo.

A atividade criativa do Poder Judiciário e, sobretudo, sua competência para invalidar atos dos demais poderes, tem sido classificada pelos críticos da jurisdição constitucional – como antidemocrática, impopular, refletindo o risco de resvalar no autoritarismo e despotismos de juízes tiranos, totalitários, posto que não prestam contas de suas decisões, como o fazem os representantes do Congresso Nacional.

¹⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, cit., p.165.

O estudo da jurisdição constitucional e de sua legitimidade tem sido objeto de proficuas teses em muitos países que adotam o controle de constitucionalidade de lei. Cappelletti não concorda com o argumento da falta de legitimidade de juízes e tribunais para a criação judicial de direitos e o faz mediante a construção de quatro argumentos bem expostos na obra “Juízes legisladores”.¹⁹⁸

O primeiro argumento diz respeito à falta de consenso político dos legítimos representantes do povo, pois representam, em grande parte a vontade de grupos variados, sedentos para defenderem os seus próprios interesses em detrimento dos interesses da população. Afirma que algumas normas têm a sua “democraticidade” questionada em razão das alianças políticas, interesses espúrios, coligações partidários oportunistas inerentes à atividade típica do Poder Legislativo.

O segundo argumento consiste na afirmação de que o Poder Judiciário não é inteiramente desprovido de representatividade, pois os Juízes da Suprema Corte são nomeados pelo Presidente da República, de forma que as Cortes Constitucionais formam um componente da aliança política dominante no país, desta maneira, recebem, por delegação constitucional, parcela do poder político do povo.

A terceira justificação de Cappelletti consiste no fato de que as decisões judiciais possuem uma fundamentação que permite a compreensão dos argumentos lançados pelo magistrado, o que confere transparência e possibilidade de recurso, além de gerar um esforço do juiz para convencer o público da legitimidade de tais decisões.

A quarta explicação consiste na assertiva de que os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, concedendo acesso à justiça a grupos que estariam excluídos do processo político, como por exemplo, grupos raciais, religiosos e outras minorias.

Ressalta, ainda, que o Poder Judiciário constitui-se em fórum dialógico para o conhecimento de pretensões que importam na violação de qualquer direito, mediante a abertura para a oitiva de todos os envolvidos no processo, além do direito de defesa representado pelo contraditório, fazendo do processo jurisdicional o mais participativo de todos os processos da atividade pública. Assevera que as garantias processuais previstas na Constituição são a melhor prova da legitimidade democrática da função judiciária.

¹⁹⁸CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. p. 93-107.

Entretanto, as objeções de Cappelletti não são unânimes, autores como Ely, Bickel e Waldron acusam a função criativa exercida pela jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, de antidemocrática e ofensiva ao princípio majoritário.¹⁹⁹ Para Ely o problema reside no fato de que juízes das Cortes não foram eleitos para tomarem decisões que envolvam criação de direitos em questões controvertidas, não podendo ser controlados pelos que foram legitimamente eleitos para legislar.²⁰⁰

Na obra “Democracia e Desconfiança”, Ely demonstra sua preocupação com o formalismo procedimentalista, alegando que a democracia exige que decisões sejam tomadas pela sociedade, democraticamente, e os tribunais não podem substituir o Parlamento. Ely sustenta que as Cortes Constitucionais deveriam controlar apenas os procedimentos de produção de decisão, jamais poderiam decidir sobre a substância das opções institucionais, ou seja, as decisões devem ser vinculantes.²⁰¹

Noutras palavras, numa democracia representativa, as determinações dos valores fundamentais devem ser feitas pelos representantes do povo, através do exercício constante de ponderação e abertura de canais de diálogo com todos os participantes da sociedade.

A intervenção dos magistrados torna-se necessária para assegurar a efetividade do sufrágio universal, e o direito de participação de todos os interessados no pleito, pois o direito ao voto é essencial ao processo democrático, por isso, não podem ficar limitados à participação somente de alguns grupos políticos dominantes, comprometidos com a manutenção do sistema.

Os juízes só devem intervir quando há um malfuncionamento do procedimento de representação democrática, ou seja, quando os representantes da maioria negam a voz ou o

¹⁹⁹“Tal opinião baseia-se geralmente no argumento de que, enquanto o direito de produção judiciária pode ser revogado mediante normal atividade legislativa, no nível da que se recorra aos difíceis e raramente empregados procedimentos de revisão constitucional. Mas o argumento prova demais. Se conduzido às usas lógicas consequências, excluiria a aceitabilidade mesma de constituições vinculantes, dado que essas não podem ser revogadas pela vontade simples da maioria. (...) Basta observar que certamente a ideia mesma de constituição vinculante implicaria reconhecimento da existência de uma *lex superiore* _ superior àquela expressa pela maioria do parlamentar do momento. Vale ainda a pena observar, com os professores Shapiro e Peltason, que “o procedimento de revisão está sempre a disposição”, sendo pois desnecessário dizer que “um parlamento bem resoluto raramente teve que constatar não estar em condições, com uma hábil e persistente reformulação dos textos, de obter os fins desejados”. Daí decorre que “a interpretação judiciária da Constituição não é, necessariamente, mais definitiva do que a do texto ordinário da lei”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* cit., p. 101.

²⁰⁰ELY, John H. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 2002. p.134.

voto às minorias, hostilizando-as, tratando-as com preconceito, recusando-lhes interesses e negando-lhes proteção.²⁰²

Ely²⁰³ é contrário à atuação ativista das Cortes Constitucionais, exceto quando os representantes do povo não respeitam o adequado funcionamento do procedimento democrático, operando uma discriminação política contra as minorias.²⁰⁴

Para tanto Ely afirma que o juiz exerce função igual a de um árbitro que deve intervir apenas quando o time está ganhando vantagem indevida, atuando somente quando houver um desvirtuamento do processo democrático com a proposital exclusão das minorias.²⁰⁵ Tem-se, no limite, alguma referência com a tese do *déficit* democrático, indicativo de crítica à atuação do Judiciário.²⁰⁶

Bickel questiona a legitimidade da Suprema Corte americana, pelo mesmo fato de não ter recebido mandato popular para decidir sobre questões que são da esfera do Poder Legislativo, tendo cunhado o termo “dificuldades contramajoritárias”, referentes às dificuldades daquela Corte para a tomada de decisões que permeiam o universo político. Ao abordar o tema da dificuldade contramajoritária, Bickel aponta que “a função legitimante é inescapável”, quer dizer, não há como se contornar a crise da legitimidade das Cortes Constitucionais para decidir questões que pertencem à esfera política.²⁰⁷

²⁰² ELY, John H., cit., p. 103

²⁰³ “A visão procedimental da tarefa do juiz constitucional foi denominada por Ely de *representation reinforcing approach*”. Idem, ibidem, p. 102

²⁰⁴ “A noção de “*discrete and insular minority*” surgiu pela primeira vez numa nota de rodapé redigida pelo juiz Stone no acórdão *United States v. Carolene Products*. A expressão, que pode ser livremente traduzida por “minorias irredutíveis e insulares”, designa todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em uma população homogênea apta a gerar maiorias flexíveis e mutáveis. O pertencer étnico, a língua, a fidelidade às tradições religiosas ou culturais que não são partilhadas pela maioria da população, a orientação sexual são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo (insular). Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso”. RIGAUX, François, cit., p. 35

²⁰⁵ “Finalmente, existem aqueles que, numa posição intermediária, defendem como missão do Judiciário não a participação no jogo político, mas a garantia de suas regras de funcionamento, sendo seu papel a salvaguarda do regime democrático. Essa é a posição de Henry Steele Commager”. (*Majority Rule and Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1944) e Ronald Dworkin (*A Matter of Principles*, Cambridge, Harvard University Press, 1985).

²⁰⁶ GODOY, Arnaldo S de M. *John Hart Ely e a crítica ao controle de constitucionalidade*. Consultor Jurídico. dez. 2013. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2013-nov/embargosculturais-john-hart-ely-critica-controle-constitucionalidade>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

²⁰⁷ Cf. “A verdade é que a função legitimante é inescapável.” BICKEL, A. M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court as the Bar of Politics*. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p.26.

Portanto, o autor não lhes reconhece legitimidade. O título da obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, já demonstra o perigo de uma Suprema Corte envolvida em questões típicas do mundo da política, próprias do Poder Legislativo.

Bickel adverte que a Suprema Corte norte-americana não tem legitimidade para retirar a eficácia de leis aprovadas regularmente pelo procedimento democrático, atuando como organismo contramajoritário, pois seus membros não foram eleitos pelo voto popular, uma vez que são escolhidos diretamente pelo Presidente da República, apesar de terem a indicação submetida à aprovação do Senado.

No entanto, as decisões proferidas em sede constitucional têm efeito vinculante, obrigando todos os membros da sociedade ao seu cumprimento. Essa é a controvérsia apontada pelo autor acerca da dificuldade contramajoritária tradicional que envolve a questão da legitimidade democrática das Cortes Constitucionais, notadamente da Suprema Corte americana, apontando uma grave violação da revisão judicial para o princípio democrático.

Na obra “A Dignidade da Legislação”, Waldron, defende a adoção do critério majoritário de tomada de decisões como o correto. O critério majoritário seria o melhor por preservar o ideal de autogoverno da forma mais plena, pois reconhece a igualdade dos cidadãos e sua capacidade de tomar decisões autônomas.²⁰⁸

O autor tem uma posição otimista do Poder Legislativo, ressaltando que a legislatura é um modo de governança digno e uma fonte de direito respeitável. Entretanto, lamenta o fato da rejeição da legislação, afirmando que as pessoas se convenceram de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos, tomando suas decisões com base no governo da maioria, tenha a palavra final em questões de direitos e princípios.

Waldron defende que somente os tribunais são foros dignos de discutir questões sérias de direitos humanos.²⁰⁹

A defesa feita pelos intelectuais do direito e da política em favor dos tribunais como foro adequado para a discussão e decisão de matérias delicadas, está no fato de que as Cortes

²⁰⁸WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 173-183.

²⁰⁹“O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”. Idem, *ibidem*, p. 05.

Constitucionais têm decidido de forma contramajoritária, construindo decisões com base numa interpretação de regras e princípios que jamais seriam aprovadas na esfera legislativa, dominada por pensamentos contrários a tais decisões.

O funcionamento contramajoritário, em *ultima ratio*, está baseado na própria Constituição, mediante um catálogo de direitos fundamentais que não são reconhecidos em face da existência de grupos majoritários de pressão, que de forma omissiva, não produzem a legislação em favor de certos grupos minoritários; notadamente quando envolvem questões de razoável desacordo moral de grande parcela da sociedade. Hamilton, em “O Federalista”, já chamava atenção para as pressões exercidas contra o Legislativo.²¹⁰

O argumento contrário a esta atuação é tão severo que eliminaria também a função de guardião da Constituição. Assim, a reverência cega ao princípio majoritário conduziria ao seguinte raciocínio: se aprovadas pelos representantes do povo, as leis não poderiam ser eliminadas do ordenamento jurídico, e o controle de constitucionalidade restaria anulado.²¹¹

As Cortes Constitucionais vão se tornando guardiãs dos direitos fundamentais ou dos humanos direitos fundamentais, concretizando toda a teoria que envolve o Estado Democrático de Direito, onde todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), devem pautar suas agendas de forma democrática, sem qualquer tipo de exclusão, pois a democracia não se resume ao princípio majoritário.

As declarações de direitos tanto de maiorias como de minorias e a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais é a razão de ser da justiça constitucional.

Bickel, surpreendentemente, já havia vaticinado que os membros da Corte Constitucional agiam com a “carne e o sangue”, isto quer dizer que os juízes constitucionais analisavam os casos concretos procurando vivificar os vetustos textos constitucionais, tirando-lhes a poeira provocada pelo tempo.²¹²

Esta assertiva revela que a análise dos textos constitucionais deve ser feita na consideração de valores de justiça, de medida certa de razoabilidade. A atividade

²¹⁰“(…) a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a lei do povo sobre a de seus agentes. Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John, cit., p. 470.

²¹¹“As cortes constitucionais têm a missão precípua de exercerem a guarda da Constituição, eliminando do cenário jurídico leis inconstitucionais”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 151.

²¹²“A Corte está preocupada com a carne e o sangue no atual processo.” BICKEL, A. M, cit. p. 26.

contramajoritária exercida pela jurisdição constitucional não traz riscos para a democracia, pois o reconhecimento dos direitos fundamentais é sempre tarefa de regimes democráticos, visto que em regimes totalitários, não há a observância destes direitos, notadamente a liberdade de expressão em todas as suas formas.²¹³

Souza Neto entende que o exercício da jurisdição constitucional contramajoritária não oferece risco para a democracia, visto que os Tribunais Constitucionais são considerados guardiões do processo deliberativo democrático,²¹⁴ operando no vazio deixado pela renúncia funcional do legislador, assumindo um papel de representantes do povo ausente ou como reserva do autogoverno, conferindo legitimidade ao sistema constitucional como um todo e à própria atividade governamental em particular.²¹⁵

Dworkin ressalta a importância dos direitos fundamentais como trunfos políticos nas mãos dos indivíduos, oponíveis ao governo e à maioria, sobretudo quando utilizados pelas minorias: “Na verdade, é por isso que os estudiosos da teoria política têm concebido os direitos constitucionais como direitos contra o ‘Estado’ ou a “maioria” enquanto tais, e não contra algum ramo particular ou instituição específica do governo”.²¹⁶

O autor afirma, ainda, que os defensores do majoritarismo negam a legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais para resguardarem direitos individuais, pois entendem que deve haver uma deferência judicial para com o Poder Legislativo, pois estes tendem a tomar decisões mais bem fundadas que os tribunais quando se trata dos problemas relativos à natureza dos direitos morais do indivíduo contra o Estado.²¹⁷

²¹³“Em suma, nos regimes de força, não existe hermenêutica, nem o que interpretar, pois tanto a vontade da lei quanto a do legislador – se é que existem – cedem lugar à vontade do intérprete régio, que retém o sentido do texto e dele dispõe a seu bel-prazer, como senhor e possuidor da interpretação”. COELHO, Inocêncio M. *Interpretação Constitucional*, cit., p.34.

²¹⁴“A legitimação da jurisdição constitucional será, portanto, obtida por duas vias combinadas fundamentais __ através da conclusão de que o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente, e através da conclusão de que o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático. Nessa perspectiva, os tribunais constitucionais são considerados como guardiões do processo deliberativo democrático”. SOUZA NETO, Cláudio P de, cit., p. 338.

²¹⁵“Vê-se no Judiciário, especialmente na Suprema Corte, tal órgão com a legitimidade necessária para realizar essa tarefa de controle. Sua análise do papel da Suprema Corte dos Estados Unidos em face do *New Deal* nos dá conta dessa legitimidade. A oposição da Corte às medidas adotadas pelo Presidente *Roosevelt* que conduziu ao *court packing plan*, revelara aos cidadãos que uma iniciativa constitucional estava sendo tramada por seus representantes, ao mesmo tempo em que exigia desses representantes um esclarecimento adicional da natureza de seus próprios reformistas”. SAMPAIO, José A. L., cit., p.65.

²¹⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, cit., p.224.

²¹⁷Idem, *ibidem*, p .222.

A hermenêutica constitucional deve atuar no sentido de assegurar os direitos fundamentais em todos os níveis da legislação. Neste sentido, leciona Cluas Canaris:²¹⁸ “Sobre a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, poder-se-ia, portanto, dizer que ela é realizada “por intermédio”, ou pelos menos “no meio”, do direito infra-constitucional, e que, por essa razão, é mediatizada por este”.

A legitimidade das Cortes Superiores para decidirem de forma contrárias às leis aprovadas pelo Parlamento provém em última análise do povo que concordou em ceder parcela de seu poder político originário - Poder Constituinte - para a criação de uma Constituição.²¹⁹

Assim, as decisões judiciais refletem parcela de poder do povo, por isso o Poder Judiciário é um poder legítimo e deve prestar contas de suas atividades, tanto sob o aspecto administrativo-financeiro, como também de sua atividade fim que é o poder-dever de julgar. O Estado-juiz não pode fugir deste dever sob pena de se deslegitimar.

A adesão de parcela considerável da elite pensante legitima as decisões judiciais, de tal sorte que uma discordância ampla e irrestrita desses segmentos da sociedade desautoriza a sua atuação, podendo chegar ao limite de descumprimento da decisão.²²⁰

Isto não quer dizer que o juiz seja escravo da opinião pública e de populismos, razão pela qual têm decidido de forma contramajoritária a fim de garantir direitos que não têm o reconhecimento das maiorias. Roberto Barroso afirma a importância da consideração da opinião pública para o Poder Judiciário, no momento da tomada de decisão, todavia, reconhece que juízes e tribunais não podem ser reféns da ditadura da maioria.

A ruptura paradigmática do padrão de decisão baseada exclusivamente no majoritarismo, no âmbito da jurisdição constitucional, tem sido vista em vários casos paradigmáticos, para muitos considerados como ativismo judicial, para outros apenas, como normal atividade de interpretação e criação do direito.

²¹⁸CANARIS, Claus W. *Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Editora Almedina: Coimbra, 2006. p. 116.

²¹⁹“ Semelhante postura faz tabula rasa do fato de legisladores e juízes são criaturas constitucionais de igual hierarquia e que, por isso mesmo, as suas prerrogativas possuem a mesma estatura, enquanto atributos conferidos pela Constituição. Mesmo quando declaram a inconstitucionalidade das leis, os juízes não o fazem por direito próprio, mas apenas como prepostos ou funcionários do povo, cuja vontade está consubstanciada na Constituição”. COELHO, Inocêncio M. *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*, cit., p 186.

²²⁰“De fato, se o direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz, não será necessário, em tal perspectiva, que o juiz decida em função de diretrizes vindas do governo, mas em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões”. CANARIS, Claus W., cit., p. 200.

A Constituição Federal atual prevê como direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição, abrindo as portas do acesso à justiça para todos os brasileiros. O efeito da proibição constitucional do *non liquet*, resulta numa imensa judicialização de direitos, fazendo com que o Poder Judiciário tenha que intervir em políticas públicas governamentais, como resultado das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

9. A origem das Constituições e do constitucionalismo

Foi a partir dos séculos XVII e XVIII que as Constituições passaram a ganhar contornos tipicamente jurídico-normativos. A ideia de organização constitucional formal dos Estados se estabelece de forma solene, principalmente no século XVII com o denominado “movimento do constitucionalismo”, que guarda afinidade com a revolução americana e francesa, dando início, ao que chamamos de ordem constitucional formal.

Não se pode, entretanto, desconsiderar a influência inglesa para a teoria do constitucionalismo moderno, através de um longo processo histórico que teve início com a Carta Magna do Rei “João Sem Terra”, a qual se constituiu num documento medieval bilateral em que o Rei se obriga a respeitar a lei e reconhece direitos dos barões feudais.

O objetivo foi reparar os abusos do monarca, pois o mesmo não abria mão de sua soberania, porém, deveria respeitar o Parlamento, eis a origem fiscalizadora do Parlamento, no controle dos gastos públicos. Carl Schmitt escreve sobre a *Magna Charta* de 1215, como um modelo das modernas Constituições liberais.²²¹

A Inglaterra não possuiu uma única declaração solene de direitos, pois não viveu um processo tão severo de ruptura institucional²²² como a França e os Estados Unidos, que

²²¹“La Magna Carta inglesa de 15 de Julho de 1215, suele designarse como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesia inglesa) y su representación (la Cámara de los lordes y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno (...)”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996, p. 164.

²²²“A Inglaterra, não chegou a erigir a monarquia absoluta. Ainda sob os Tudors e os Stuarts, o que prevalecia era um estado de insurreição contra o intento do absolutismo, contra a quebra das antigas prerrogativas aristocráticas”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.197.

culminou com a elaboração de uma Constituição escrita, decorrente de uma Convenção, como ocorreu na América em 1787.

Na Inglaterra a Revolução Gloriosa depôs o Rei, e concluiu com um dos documentos que fazem parte da história constitucional inglesa, o *Bill of Rights* de 1689, implantando uma nova autoridade política, a monarquia limitada, a monarquia parlamentar.²²³ Os vários documentos que os ingleses chamam de Constituição, são documentos redigidos ao longo de uma sólida tradição das instituições, que, como visto, começou com a Magna Carta.²²⁴

A independência americana e a Revolução Francesa de 1789 culminaram com Declarações Direitos que se tornaram os traços do Constitucionalismo, como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho.²²⁵

Bonavides ressalta a importância das Declarações de Direitos do Homem e leciona que o documento editado pela Revolução Francesa foi escrito não só para os franceses, mas para o mundo.²²⁶

As citadas Revoluções concretizaram princípios catalogados por Montesquieu, entre eles o da separação dos poderes, talvez o principal suporte ideológico da Constituição dos Estados Unidos aprovada em 1787.²²⁷

²²³“A partir de então a Inglaterra vive um período de comunicação e diálogo democrático, pelas reformas eleitorais, pela mudança lenta e silenciosa das instituições que se aperfeiçoam”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*, cit., p. 197.

²²⁴“Notar-se-á que não existe, na Inglaterra, Constituição escrita; o que os ingleses chamam Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e que concorrem para limitar o arbítrio das autoridades. O próprio parlamento não encontra outros limites à sua onipotência que não seja o controle exercido pela opinião pública, num país onde a tradição e o espírito democrático são uma poderosa realidade”. DAVID, René. cit., p. 433.

²²⁵“A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que procurava estabelecer os direitos fundamentais do povo norte-americano, tais como a liberdade, a igualdade, eleição de representantes etc., servindo de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", editada em 1789 pela Revolução Francesa.” FERREIRA FILHO, Manoel G. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 281.

²²⁶“Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.571.

²²⁷“Montesquieu na obra clássica “Do Espírito das Leis” consagra o princípio da separação dos poderes, o qual foi incorporado pelas revoluções americanas e francesas. A partir de então, o citado princípio passou a valer nas democracias constitucionais ocidentais, como limitador do poder absoluto do soberano. In verbis: “Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, já não haveria liberdade; porque os dois poderes estariam unidos, com as mesmas pessoas fazendo às vezes __ e

Convém ressaltar que a jurisdição constitucional na França foi profundamente prejudicada, em virtude das consequências históricas deixadas pela Revolução Francesa que subestimou o papel do Poder Judiciário, diminuindo a sua importância, em virtude da desconfiança em relação aos juízes, visto que no período pré-revolucionário eram recrutados da classe aristocrática e recebiam o cargo por herança.²²⁸ Só há pouco tempo a França passou a ter um controle judicial de constitucionalidade de leis.

O constitucionalismo moderno desenvolveu-se a partir do princípio liberal da limitação do poder político, com a necessária organização do Estado (separação dos poderes) e a consecução de direitos e garantias fundamentais.²²⁹

Poder e liberdade são considerados antitéticos na tradição liberal, e essa oposição marcou decisivamente o surgimento das primeiras Constituições escritas do final do século XVIII.

No mesmo sentido Roberto Barroso leciona que para um Estado possa ser considerado constitucional deve observar três ordens de poder, sendo a primeira concernente às limitações materiais (direitos fundamentais), a segunda (organização e estruturação dos poderes) e a terceira são regras processuais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inviolabilidade de domicílio, racionalidade, proporcionalidade-razoabilidade).²³⁰

Constitucionalismo significa limitação do poder com a supremacia da lei, através de um conjunto de dispositivos constitucionais classificados como Estado de Direito ou *Rule of*

podendo fazer sempre __ parte de um e de outro. Se o corpo legislativo ficasse em tempo considerável sem se reunir, já não haveria decisões legislativas e o Estado cairia na anarquia, ou essas decisões seriam tomadas pelo poder executivo, e este se tornaria absoluto”. MONTESQUIEU, Charles de S., cit., p. 173.

²²⁸“O ofício de julgar tinha com frequência, antes da Revolução, caráter patrimonial: as jurisdições feudais eram hereditárias; aquelas regalias vendidas ao melhor pagador foram mais tarde também elas, até a Revolução, hereditárias. Aqueles juízes que se encontravam, naturalmente, entre os inimigos mais encarnados da Revolução e expiaram, em grande número, no patíbulo, sua resistências à novas ideias”. CHIOVENDA, *Instituzioni* I, cit., p. 134, apud CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, cit., p.134.

²²⁹“Se a Constituição real é o modo de ser de uma comunidade, na medida em que carrega as matérias constitutivas de um modo de ser de Estado e Sociedade, a partir dos séculos XVII e XVIII ela ganha contornos tipicamente jurídico-normativos. Sem dúvida, a ideia de organização constitucional formal (formalizada) dos Estados se estabelece (se funda), de forma solene, no século XVIII com o denominado “movimento do constitucionalismo” que guarda íntima relação com as revoluções americana e francesa. No entanto, apesar daquilo que chamamos de ordem constitucional formal surgir apenas no constitucionalismo americano e francês, não podemos desconsiderar a existência de um constitucionalismo britânico”. FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2014. p. 33.

²³⁰ BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 28.

Law.²³¹ A tradição do constitucionalismo sempre conduziu a uma ideia de Constituição como documento escrito, formal, verdadeira carta de princípios.²³²

No Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático de Direito, a democracia passa a ser não somente a vontade da maioria, mas de todos os cidadãos, incluindo as minorias raciais, sexuais, religiosas e culturais, além de outros grupos não minoritários como mulheres e pobres.²³³

Para Canotilho, o constitucionalismo significou um movimento gerador da Constituição em sentido moderno, possuidor de várias raízes localizadas em horizontes temporais e espaciais diversos, de tal forma que não se pode falar de um constitucionalismo, mas de vários constitucionalismos, destacando-se o inglês, o americano e o francês, os quais possuem alguma forma de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.²³⁴

O constitucionalismo é uma teoria que procura erguer o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos, buscando estruturar a organização político-social de uma comunidade. A finalidade do constitucionalismo sempre foi a limitação do poder político, objetivando a garantia das liberdades políticas e individuais: “Nesse sentido o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.²³⁵

²³¹ Cf. A expressão “Estado de Direito” floresceu nos fins do século XX, sendo considerada uma das formas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais. O léxico “Estado de Direito” espalhou-se em vários idiomas, sendo comum falar-se em: *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho*, ou *rule of law*. Convém ressaltar que esta última expressão *rule of law* não tenha a unidade conceitual que tem as demais com o conceito de estado de direito, devido às diferenciações dos contextos culturais e a relativa independência das teorias. Inicialmente a expressão “Estado de Direito” surgiu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, e em seguida difundiu-se no continente europeu influenciando o direito público da Itália e da Terceira República Francesa. A noção de “Estado de Direito” retorna ao ocidente em estreita ligação com a doutrina dos direitos subjetivos ou “direitos fundamentais”. Essa noção retorna como uma teoria político-jurídica que põe em primeiro lugar a tutela dos “direitos do homem”, mormente aqueles direitos reconhecidos em várias constituições modernas, quais sejam: direito à vida, à segurança pessoal, à liberdade, à propriedade privada, à autonomia de negociações, direitos políticos. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. (Org). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, cit. p. 03.

²³² “No entanto, o país considerado o criador da constituição mais antiga de que se tem ideia não tem uma Constituição escrita, embora tenha vários documentos legislados como a *Magna Charta* (1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Em 1988 foi aprovado o *Human Rights Act* BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 34.

²³³ Idem, ibidem. p. 63.

²³⁴ CANOTILHO, José J. G., cit., p. 51.

²³⁵ Idem, ibidem. p. 51.

O Professor Canotilho conclui que os temas centrais do constitucionalismo se relacionam com a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades individuais.

10. Origem e evolução da jurisdição constitucional

A jurisdição constitucional é um arranjo institucional que está ligada à criação do conceito de norma fundamental ou lei fundamental, sob a qual todos os compromissos e leis devem ser submetidos. Este conceito tem sua origem no período clássico, percebendo-se já na época de Atenas e também na Grécia, a existência de uma divisão entre lei superior (*nómos*) e lei inferior (*pséfisma*), existindo ainda uma distinção entre os órgãos e poderes que cuidariam de avaliar cada caso e do respeito à hierarquia destas leis. Em Roma destaca-se o *jus naturale* que ganhou relevância na era medieval como norma superior divina que deveria ser atendida pelo *jus positum*, sob pena de não ter validade.²³⁶

Entretanto o grande precursor e idealizador do controle de constitucionalidade é o inglês Sir Edward Coke (1552-1634), o qual de forma magistral ensinou que o poder judicial deveria defender a Constituição, invocando o direito do *Common Law* contra as pretensões absolutistas dos Stuarts.

Assim, duzentos anos antes da célebre decisão do Juiz John Marshall, Sir Edward Coke, anteviu a possibilidade do controle judicial da constitucionalidade invocando as leis inglesas contra o próprio monarca, em plena era da total hegemonia do Parlamento inglês.²³⁷

O exemplo clássico que se atribui ao teórico inglês acerca da instituição do controle de constitucionalidade é o caso *Bonham*. Sir Edward Coke²³⁸ defendeu o controle pelos juízes

²³⁶SAMPAIO, José A. L., cit., cit., p. 24.

²³⁷GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.208.

²³⁸“(…) a doutrina cunhada por Edward Coke foi exportada para os Estados Unidos, o que pode se ver em muitas decisões anteriores à Constituição de 1787. Com efeito, *os colonos encontram em Coke e em Locke seus mentores jurídicos diretos*. Ambos são herdeiros da grande tradição jusnaturalista européia, na medida em que expressamente apóiam sua concepção de um parâmetro normativo superior às leis positivas: o Direito Natural, que é a expressão de uma *lex eterna e lex legum*. Lei para todas as leis. *O Bonham’s case de 1610 recorda expressamente esses dois caracteres: even in Act of Parliament made against Natural equity is void in itself; for “iura naturae sunt immutabilia” and they are “leges legum”*. STREK, Lênio L., MORAIS, José B. de, cit., p.334.

dos atos do Parlamento, contrários ao *Common Law*,²³⁹ afirmando que tais atos deveriam ser julgados nulos.²⁴⁰ Mas a semente plantada por ele na Inglaterra não germinou em seu território, somente nos Estados Unidos da América foi que o controle da compatibilidade das leis e atos normativos infraconstitucionais com a Constituição Federal se firmou através da decisão do caso *Marbury vs. Madison*.²⁴¹ Este julgamento pioneiro marcou a maior contribuição do direito norte-americano à teoria do direito constitucional, tendo sido assentado o princípio da supremacia do Poder Judiciário no exercício das funções do *judicial review* ou controle da constitucionalidade das leis.

Este julgamento é considerado a gênese do controle difuso de constitucionalidade, bem como a grande contribuição dos norte-americanos ao constitucionalismo ocidental, tendo nascido da engenhosidade intelectual do Juiz John Marshall, Presidente da Suprema Corte.

Este *leading case* tornou-se referência mundial para o controle difuso de constitucionalidade, com a redefinição do papel do juiz. Desde a aprovação da Constituição

²³⁹“Por *Common law* entende-se o direito comum inglês. O essencial é que a lei, na concepção inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplica-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação”. DAVID, René, cit., p. 434.

²⁴⁰ STREK, Lênio Morais, José B. de. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004. p. 306.

²⁴¹“No famoso julgamento *Marbury vs Madison* (1803) realizado pela Suprema Corte Americana por meio do Chief Justice Marshall foi decidido pela primeira vez um conflito entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. Nesse horizonte, sem adentrar no caso concreto, e suas especificidades, surgiram duas possibilidades de atuação da mais alta corte de magistrados americanos: 1) a adoção do critério cronológico, no qual Lei posterior (ordinária originada do parlamento ou de ato executivo) revoga lei anterior (no caso, norma consubstanciada na Constituição); ou 2) a adoção do critério hierárquico, no qual Lei posterior (inferior originada do parlamento ou de ato do executivo) não prevalece sobre Lei anterior (superior consubstanciada na Constituição). O problema é que, se adotada a primeira tese, a Constituição recém-criada (1787) estaria, logo no início de sua vida, assinando sua sentença de morte, pois sempre que o parlamento resolvesse modificá-la, ele conseguiria sem nenhum tipo de possibilidade de controle (defesa) das normas constitucionais sobre a atuação do Poder Legislativo (ou até mesmo do Poder Executivo). A Constituição estaria, portanto, fadada ao desaparecimento, ao alvedrio do legislador e suas vicissitudes. Adotando a segunda tese, contudo, o Chief Justice Marshall acabou afirmando que o judiciário deveria defender a Constituição em todos os embates e conflitos de normas infraconstitucionais (produzidas pelo legislador ordinário) e constitucionais, pois estas deveriam sempre prevalecer. Sendo, a maneira pela qual, com base na doutrina dos freios e contrapesos, o judiciário deveria controlar a atuação dos outros poderes (legislativo e executivo) ante aos ataques da Constituição americana. Portanto, no caso *Marbury x Madison* podemos retirar duas digressões que, até hoje, são atuais na teoria da Constituição e que vão nos ajudar a entender a Constituição formal desde então: 1) A constituição prevalece sobre todo o ordenamento ordinário, mesmo o posterior a ela, porque dotada de suprallegalidade (doutrina da supremacia da Constituição); e 2) Se a Constituição prevalece e não sucumbe às normas ordinárias contrárias a ela, os ataques (as infringências) serão defendidos, em regra, na maioria dos países, pelo Poder Judiciário. (doutrina do controle de constitucionalidade das leis)”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvm, 2014. p. 37.

dos Estados Unidos da América, o Poder Judiciário já nasceu com independência proveniente da supremacia da lei, embora os federalistas o considerassem o mais fraco dos poderes.²⁴²

Este caso paradigmático revela a força das decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional, mostrando como a Suprema Corte exerceu profunda liderança na formação da cultura jurídica americana – e também mundial – mas do que a atividade teórica dos tratadistas da França que teve os iluministas influenciando todo o pensamento que antecedeu o documento de 1789.²⁴³

A jurisdição constitucional se relaciona com a criação das diferentes formas de controle de constitucionalidade e do princípio da supremacia da Constituição. Há dois modelos o difuso e o concentrado.

O controle de constitucionalidade concentrado, criado por Kelsen, expoente maior do positivismo jurídico do século passado, leciona que a jurisdição constitucional tem por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais.²⁴⁴

O controle concentrado de constitucionalidade significa estabelecer instâncias especiais, um tribunal constitucional voltado para o resguardo da Constituição e de seus valores democráticos, tendo em vista que a Constituição é uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica, fonte da legalidade das normas inferiores, cuja supremacia deve ser respeitada de forma exclusiva.

Assim, suscitada a questão de inconstitucionalidade em outro juízo que não o tribunal constitucional, poder-se-á arguir a sua incompetência, e remetê-la à apreciação da Corte Constitucional.

²⁴²Através do *judicial review of legislation* e a atribuição a partir da sentença do juiz Marshall no processo Marbury x Madison de 1803, de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema. Mesmo nos Estados Unidos da América, houve uma evolução do pensamento inicial dos Federalistas, que viam o poder judiciário como o mais fraco de todos os poderes da federação. A garantia dos direitos fundamentais elevou-se a tal ponto que os Estados Unidos colocaram sobre os ombros do poder judiciário não só o poder de julgar as causas comuns, *ordinary case*, ou seja, litígios entre particulares, como as grandes causas da União, ou melhor, da nação, com o objetivo de refrear os ímpetus do poder executivo e do parlamento, contra as liberdades individuais. HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003. p. 457-463.

²⁴³“A precedência histórica da Constituição norte-americana não assegurou aos seus comentadores pioneirismo doutrinário no desenvolvimento do direito constitucional. Por força da herança inglesa do *common law*, afundada em precedentes judiciais e na solução paradigmática de problemas concretos, a evolução do direito constitucional nos Estados Unidos se deu menos pela atividade teórica dos tratadistas e mais pela atuação dos tribunais”. BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 66-67.

²⁴⁴“A jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais (...) a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder(...) uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, cit., p.XIII.

A doutrina de Kelsen de controle de constitucionalidade não admite o controle de caso concreto, o chamado controle difuso; devendo toda matéria que contenha controvérsia em relações intersubjetivas, envolvendo o questionamento de constitucionalidade de lei ou ato normativo, ser encaminhada para o Tribunal Constitucional.

A função da jurisdição constitucional é a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformação de leis e demais atos ao texto constitucional.²⁴⁵

Kelsen concebe um Tribunal Constitucional fora da organização jurisdicional ordinária, cuja finalidade é o exercício do controle concentrado de constitucionalidade das leis, através de juízes com especial conhecimento jurídico-técnico e sensibilidade política, decorrendo de suas decisões efeitos gerais e vinculantes.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional só se manifesta perante lei em tese, com o escopo de eliminá-la do ordenamento jurídico. As decisões oriundas da Corte Constitucional no exercício do controle concentrado vinculam as demais instâncias. Caso ocorra alguma controvérsia neste sentido na jurisdição ordinária, o processo deve ser suspenso, e esta questão levada ao Tribunal Constitucional para ser decidido.

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade criado pelo autor austríaco foi aceito pelas principais democracias ocidentais, incorporado nas suas Constituições, aumentando sensivelmente o poder das Cortes Constitucionais em matérias de natureza política, econômica, cultural e outras questões de relevância nacional.

Kelsen reconhece que o exercício da jurisdição constitucional é uma das funções estatais que visam extirpar do ordenamento lei incompatível com o sistema jurídico, mantendo a sua hierarquia, unidade e coerência.²⁴⁶

A jurisdição constitucional está presente em grande parte das democracias constitucionais do mundo que têm o compromisso de respeitar o núcleo básico de regras sobre as quais a sociedade política se fundamenta.

²⁴⁵“Deve-se a Hans Kelsen a doutrinação adequada da concepção de justiça constitucional e as possibilidades do surgimento de um sistema concentrado de jurisdição constitucional, que, como diz o autor, passa originalmente: “a) (...) pela consideração da Constituição como uma norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores (*norma normarum*); b) cuja supremacia haveria de ser respeitada pela atuação de um tribunal especial, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária, mediante um sistema de controle de constitucionalidade concentrado; c) composto de juízes com especial conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política aguçada e d) dotado de sentença com efeitos gerais e vinculantes.”SAMPAIO, José A. L., cit., p. XIII.

²⁴⁶“A garantia jurisdicional da jurisdição – a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, cit., p.124.

O Tribunal Constitucional é o órgão que emite, em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade desses argumentos políticos, morais e legais, com a Constituição. No Brasil compete ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra sobre vários tipos de controvérsias, isto porque exerce a função de guardião e intérprete último da Constituição.

Este cenário de grandeza institucional da Corte propiciou-lhe um grande destaque no cenário nacional, em virtude de decisões de grande relevo.

Todavia não se deve falar da jurisdição constitucional como fonte de milagres para todos os problemas da nação, pois o Supremo Tribunal Federal não tem esta responsabilidade institucional. Nesta esteira de pensamento lecionam os Professores Sarmiento e Souza Neto: “Confiar na jurisdição constitucional como panaceia para os problemas nacionais é esperança vã”.²⁴⁷

A importância da jurisdição constitucional está no fato de que o direito que se discute na esfera das suas Cortes é mais abrangente, visto que a natureza jurídica das lides constitucionais vai além das matérias do direito comum, discutidas nos tribunais de apelação.

A jurisdição constitucional se caracteriza por discutir matérias que possuem cunho político, quiçá, as maiores questões da sociedade e do Estado vão desaguar na mais alta Corte do país.²⁴⁸

²⁴⁷ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da “Última Palavra” e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: FELLETT, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 160.

²⁴⁸ “O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – o *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* – exarou, em 1952, decisório que se tornou marco judicial e histórico quando da definição e inter-relação da jurisdição constitucional: (...) a jurisdição constitucional diferencia-se de outras formas de jurisdição (v.g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o *Político (das Politische)* em si mesmo é objeto do pronunciamento jurisdicional com base nas normas exigentes (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 1952)”. KIMMINICH, O. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (Coord.). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1025-1048.

11. A função política do Tribunal Constitucional como guardião da decisão política fundamental

As questões de natureza constitucional não são exclusivamente questões jurídicas, mas também políticas, visto que a Constituição é o estatuto jurídico do político. Assim, vê-se claramente que as decisões políticas se convertem através do processo legislativo em estatutos normativos, sendo difícil separar onde começa o aspecto jurídico e termina o político.

Esta problemática emerge da própria essência do poder político que é uno, todavia, a história demonstrou que quem detém de forma única o poder tende ao abuso, à tirania e ao despotismo, como ocorreu com os Reis da idade média. Eis a razão pela qual foi o poder dividido em três: Legislativo, Executivo e Judiciário. Atribui-se ao filósofo grego Aristóteles a semente original da separação dos poderes, na idade antiga.²⁴⁹

John Locke, na sua famosa obra *Dois Tratados do Governo*, pode ser apontado como um dos precursores na idade moderna da teoria, tendo de forma sistemática, traçado as premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo os princípios da separação dos poderes.²⁵⁰ Este teórico inglês aponta quatro poderes, por ele designados legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, cujas funções se reconduziriam à criação de regras (legislativo), à aplicação/execução destas regras pelo governante (executivo), ao desenvolvimento de relações externas e de direito internacional (federativo), e à tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerras e estados de emergência (prerrogativo).²⁵¹

Todavia, coube ao filósofo francês uma melhor organização das ideias de Locke, pelo que entendeu que quatro poderes, como proposto pelo inglês, não eram adequados para o exercício do poder político, tendo concebido a tripartição em três esferas de poderes, quais

²⁴⁹ ARISTÓTELES, *Politique*, Livro III, capítulo 10.

²⁵⁰ “No final da Idade Média, na Inglaterra, Cromwell, ao instituir o seu Protetorado, admitiu a separação entre os poderes Legislativo e Executivo. Por sua vez, Locke, inspirado nos internacionalistas holandeses, formulou a separação trina dos poderes, que seriam Executivo, o Legislativo e o Federativo, incumbido, este, das relações internacionais. No tocante ao judiciário, considerava suas funções atinentes ao próprio Legislativo, inspirando-se no direito inglês, onde o Parlamento, por intermédio de institutos, como o *impeachment* e o *Bill of attainder*, constituía a mais alta corte de justiça. QUEIROZ FILHO, Gilvan C. de. *O Controle de Atos do Poder Legislativo. Atos Políticos e Interna Corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 15.

²⁵¹ CANOTILHO, J.J., G., cit., p. 580.

sejam, o Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁵² Segundo ele, “tudo estaria perdido se uma só pessoa, ou um só corpo de notáveis, de nobres ou de povo, exercesse estes três poderes”.²⁵³ Com esta teoria, Montesquieu apresenta a proposta de um governo balanceado, em que diversos órgãos, em um sistema de freios e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto.²⁵⁴

A fim de evitar os regimes absolutistas, é fundamental partilhar as funções estatais. Gilmar Ferreira Mendes destaca a importância da tripartição dos poderes, citando a frase de Loewenstein: “dividir o Leviatã é da essência do governo constitucional”.²⁵⁵

A Constituição americana de 1787 foi a primeira a concretizar a teoria, apesar de não haver menção expressa da separação dos poderes, enumera expressamente as funções do Legislativo, Executivo e Judiciário.

Carl Schmitt afirma que a citada teoria pressupõe as competências de cada um dos entes federativos, bem como o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, como no sistema norte-americano.²⁵⁶

No Brasil imperial, era adotado o regime parlamentar, com quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador. Foi na Primeira República que se convencionou que fossem três os poderes independentes e harmônicos. As Constituições posteriores mantiveram a teoria da tripartição dos poderes²⁵⁷ tão bem desenvolvida por Montesquieu,²⁵⁸ no qual cada poder tem atribuições e competências próprias traçadas no próprio documento que funda o Estado constitucional. Ocorre, no entanto, que na prática não é possível fazer a separação de

²⁵² “Tal como Locke, a doutrina da divisão dos poderes de Montesquieu (1689-1755) distingue, a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida: legislativo, executivo e judicial. A nível institucional distingue entre Parlamento, Governo e Tribunais. No plano socio-cultural, Montesquieu refere a Coroa, o clero a nobreza e o povo (“le peuple”). As principais diferenças em relação ao modelo de John Locke residem no seguinte: (1) autonominação do poder judiciário; (2) inclusão dos poderes federativo e prerrogativo no âmbito do executivo”. CANOTILHO, J.J., G., cit., p. 581.

²⁵³ BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*, 2002, p. 248.

²⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 249.

²⁵⁵ MENDES, Gilmar F., cit., p. 61.

²⁵⁶ SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*, p. 216.

²⁵⁷ “Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*”. SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 97.

²⁵⁸ “Pois se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, já não haveria liberdade; porque os dois poderes estariam unidos, com as mesmas pessoas fazendo às vezes _ e podendo fazer sempre – parte de um e de outro”. MONTESQUIEU, Charles de S., cit., p. 173.

poderes proposta pelo filósofo francês;²⁵⁹ porque ele mesmo abria exceção ao permitir a intervenção do Poder Executivo, pelo veto, no processo legislativo, pelo que se conclui que a sua teoria não guarda extrema rigidez, comportando uma interpenetração do poder político, uma colaboração entre poderes.

Para Rudolf Smend, não se observa nos textos constitucionais a existência de três sistemas funcionais distintos: o jogo político, praticado pelos poderes Executivo e Legislativo, com suas funções integradoras, a legislação e a jurisprudência como pilares da vida jurídica e, finalmente, a Administração como agente do bem-estar social promovido pelo Estado.²⁶⁰

A doutrina clássica da separação dos poderes²⁶¹, ainda que Montesquieu não tenha defendido a separação estanque de poderes, tem sido profundamente contestada pelos constitucionalistas contemporâneos, os quais defendem a distinção das funções do Estado, confiadas a órgãos distintos, havendo domínios de ações comuns e meios de atuação recíprocos.²⁶² Entre os críticos destaca-se Karl Loewenstein, o qual rejeitou a teoria tripartite, propondo uma análise dinâmica do poder, mais de acordo com a dinâmica pluralista deste século, no caso uma nova divisão: a decisão política conformadora e fundamental (*policy determination*); a execução da divisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*).²⁶³

²⁵⁹ “A teorização do poder (notadamente o *político*, bem como de seu exercício) não constitui exclusividade do período moderno. A formulação acabada da teoria da separação dos poderes, esta sim constitui obra historicamente datada. O Estado Moderno deve a Montesquieu a elaboração da teoria, que, depois, foi encampada pela experiência de não poucas sociedades políticas, inclusive a brasileira. De tal modo foi aceita a formulação política de Montesquieu que deu origem a um mito: o mito da separação, decorrente do apego dogmático dos juristas a uma técnica de contenção do poder nascida num período determinado, e mais do que isso, para fazer face a questões desafiantes de um contexto determinado”. CLÈVE, Clèmerson M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

²⁶⁰ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 163-165.

²⁶¹ “Essencialmente, a ‘separação dos poderes’ consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente. A divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a ‘separação dos poderes’ – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689. De fato, a ‘gloriosa revolução’ pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juizes. Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O Espírito das leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos. Na verdade, tornou-se a ‘separação de poderes’ o princípio fundamental da organização política liberal e até foi transformada em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 163.

²⁶² QUEIROZ FILHO, Gilvan C. de. *O controle Judicial de Atos do Poder Legislativo. Atos políticos e Internas Corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 18.

²⁶³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*, p. 62.

A crítica formulada emerge da circunstância de que o poder político é indivisível, pertence ao povo que não o divide. A doutrina da separação de poderes e funções estatais tem por escopo a distribuição orgânica dos Poderes e o uso moderado destes mesmos Poderes.²⁶⁴

Para Nuno Piçarra “a ideia de uma atividade ou função estatal não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir no século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder era a lei”.²⁶⁵ Esta função é considerada política. O Supremo Tribunal Federal, no exercício da função de guarda da Constituição, exerce um papel de natureza política, ao frear as outras funções políticas do Estado, a fim de preservar a decisão política fundamental encartada na Carta Política, afastando do sistema toda norma ou ato normativo que contrarie expressamente ou implicitamente a Constituição Federal.²⁶⁶

Cabe ao Supremo Tribunal Federal o exercício da função política nas seguintes questões: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas.²⁶⁷ A competência política do Supremo Tribunal Federal está prevista na Constituição, que lhe reserva um destacado papel na execução de temas essenciais à preservação do Estado e a garantia do bem-estar social.

²⁶⁴“O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes. O poder político é uno e indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o direito. Logo não pode ser dividido. Quando a doutrina tradicional trata o poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esses significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado. Nada mais do que isso”. CLÈVE, Clèmerson M. Cit., p. 30-31.

²⁶⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989,

²⁶⁶ “Pode-se também conceituar função política como o exercício da competência dos órgãos definidos pela Constituição com o fito de resguardar a sociedade política bem como garantir o bem-estar social. Tais instituições podem delimitar o que é o bem público e quais as ferramentas indicadas para assegurá-lo. Isso é executado mediante a livre depreensão das leis. Tanto os tribunais constitucionais quando outros poderes e órgãos estão capacitados a desempenhar a função política”. ARAGÃO, João C. M. de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013, p. 74-75.

²⁶⁷ “Os tribunais (inclusos na constituição do judiciário), ao exercerem a função política, o fazem ao serem provocados por aqueles que buscam a solução de alguma lide e necessitam decidir de forma motivada e pública. Sua atuação se dirige principalmente ao federalismo, ao exercício das instituições democráticas, à separação dos Poderes e às garantias fundamentais. A legitimidade do papel político exercido pelos tribunais – uma vez que este não significa desrespeito a princípios democráticos – advém de sua maneira de decidir, da forma de escolha dos representantes, bem como das características dos escolhidos, embora eles não sejam selecionados pelos cidadãos”. Idem, *ibidem*, p. 76.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, ou Constituição analítica, composta de princípios abertos e indeterminados que conduzem a uma leitura flexível, aberta e modulável, permitiu, embora não fosse esta a intenção dos seus criadores, uma atuação da Corte Constitucional que vai além da decretação da inconstitucionalidade de leis. Assim, o Supremo não age somente na qualidade de “legislador negativo”, mas, também, como “legislador positivo”, quando reconhece novos direitos, assim como exerce um papel ativo na governança, promovendo políticas públicas ou tomando medidas que efetivem direitos fundamentais, concretizando direitos, através de uma interpretação que amplia o significado da Constituição para além do seu texto legal, possibilitando a implementação de novos direitos não reconhecidos expressamente pelo Parlamento brasileiro.

A utilização de princípios como dignidade da pessoa humana, interesse público, moralidade, eficiência, solidariedade social, possibilitam que o Poder Judiciário possa determinar o mérito dos atos administrativos, impondo, à ação governamental rumos que não são preferidos pelas autoridades. Nesta conformação as Cortes assumem que realizam papel político que vão além da legalidade dos atos governamentais.

Este papel de legislador positivo é feito através do uso dos próprios instrumentos constitucionais previstos para o controle negativo. O controle concentrado de constitucionalidade tem sido politizado, máxime depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04. Ações diretas de inconstitucionalidade possuem aspectos políticos que a tecnicidade do seu exame não logra esconder, já que podem ter a eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal em ações propostas por partidos políticos contrários à aprovação da lei questionada. Ao lado destas ações, a Corte também julga Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal. Nestas ações de feitura constitucional, há sempre a possibilidade de deferimento de liminares, fato que obriga a Corte a fixar condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

O Poder Judiciário é a toda hora chamado para corrigir os desacertos de outros poderes, “decisões judiciais, por ocasião de sua apreciação têm imposto correções de rumo ou exigências condicionantes que significam muitas vezes opções políticas”.²⁶⁸

Este novo papel desenvolvido pelas Cortes é uma prova inequívoca de que há um processo evolutivo do direito constitucional que Luhmann denomina de *autopoiese*,²⁶⁹ visto que os legisladores constituintes não imaginaram que o texto original pudesse sofrer as modificações que têm sido realizadas na atualidade.

Nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal tem tomado decisões que se afastam da letra da lei, tanto no âmbito do controle de constitucionalidade, como nas ações que o instrumentalizam, como o mandado de injunção. Na visão tradicional das funções das Cortes Constitucionais, baseada na interpretação literal do texto constitucional, há um entendimento de que estas têm mudado a Carta Política, indo muito além da função de controle direto de constitucionalidade de leis. Constitucionalistas mais conservadores criticam esta atuação política, afirmando que o Supremo Tribunal “vem ousando construir uma ordem constitucional que reflete o seu entendimento acerca dos valores e princípios da Lei suprema”.²⁷⁰

Esta nova forma de interpretar a Carta Política, notadamente quando o Poder Judiciário determina a implementação de políticas públicas para a satisfação de direitos fundamentais, tem sido denominada de neoconstitucionalismo, visto que os valores e princípios são mais celebrados do que o texto da lei.²⁷¹

²⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel G. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 16 jul. 2016.

²⁶⁹ Partindo do conceito de auto-referência, o sistema constrói sua unidade, desenvolve processos e estruturas. Assevera que a reprodução autopoietica dos sistemas não é a repetição idêntica do mesmo, senão a recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores, abrindo espaço para novas comunicações, que não deixam de observar os códigos comunicativos do sistema. Alega que um sistema com uma única comunicação seria um sistema sem sentido, e sem redução da complexidade. LUHMANN, Niklas. *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Trad. Trad. Dalmir Lopes Jr, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. (Org). André-Jean Arnaud ET alii. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.2003, p. 315.

²⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 437.

²⁷¹“O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categoriais da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações

Os neoconstitucionalistas²⁷² atribuem um destacado papel aos tribunais o que reclama uma nova teoria do direito, na visão de Prieto Sanchís:

(...) uma nova teoria do direito, assim resumida: mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção, onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes, onipotência judicial, coexistência de uma constelação de valores plurais, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica.²⁷³

Por outro lado, vê-se a cada dia mais a judicialização da política e das relações sociais, mormente pela crise ética por que passam o Parlamento e o Executivo brasileiros.

A questão do papel político das Cortes Constitucionais evoca a sua crise de legitimidade para agir como legislador positivo, uma vez que os Juízes Constitucionais não foram eleitos pelo povo, não passaram pelo teste de representação popular, e não são representantes da vontade da sociedade.

Na visão formalista do direito, a Corte Suprema não pode agir como legislador positivo, como tem feito em vários casos, como por exemplo, dando nova interpretação ao artigo 81 da Constituição Federal, quando em vez de impor novas eleições em face de governadores e vices afastados, deu o cargo a candidatos derrotados. Com relação à questão da fidelidade partidária, o STF deu uma interpretação que não respeitou a vontade do constituinte de 1988, pois estes deixaram para os partidos políticos sua adoção ou não, conforme se infere do artigo 17, § 1º. Aprovou o aborto eugênico de fetos anencéfalos, quando o Código Penal só admite o aborto terapêutico ou sentimental. Revogou o conteúdo do artigo 5º, inciso LVII, ao decidir não ser necessário o trânsito em julgado para que alguém

políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional". BARROSO, Luís R. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, ano I, n. 02, p. 52-53, out. 2006

²⁷² André Rufino do Vale resume os marcos teóricos do neoconstitucionalismo, nos seguintes termos: a) importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionado toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral. VALE, André R. do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. Revista Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007. p. 136-137.

²⁷³ SANCHÍS, Luiz P. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003. p. 117.

possa ser considerado culpado. Imiscuiu-se nas funções sancionatórias do Congresso Nacional ao afastar Deputado Federal de suas funções, algo vedado pelo artigo 53, § 3º, da Carta de Direitos Fundamentais.

Ives Gandra manifesta sua preocupação acerca do novo papel do Poder Judiciário, afirmando que este Poder deve ser técnico, devendo prevalecer este elemento sobre o político: “à guisa, pois, de sugestão para uma reforma do Judiciário é essencial colocar claramente na Constituição que o Poder Judiciário é um Poder técnico, e não político, não lhe cabendo nunca ser legislador positivo, substituir o Parlamento, nem legislar nas omissões (...)”.²⁷⁴

No entanto, não há, entre os autores da ciência política consenso acerca do momento em que os poderes estatais estão livres para exercerem determinadas atividades com subordinação somente a preceitos constitucionais, livres de qualquer interpretação de natureza política. Muitos entendem que a natureza política das normas constitucionais faculta a tomada de decisões com caráter político.²⁷⁵

O Tribunal Constitucional tem o dever de analisar as leis não somente do ponto da constitucionalidade, garantindo a conformidade do ordenamento jurídico com a Constituição, mas, sobretudo, desempenhar um papel político, exercendo a revisão judicial de questões políticas postas a sua apreciação.

Entretanto, o papel político do Supremo Tribunal Federal não quer dizer que os integrantes da Corte adotem preferências partidárias, no exercício da função de Juízes Constitucionais, realizando interpretações que favoreçam determinada agremiação partidária, notadamente, a que se encontra no poder, pois isso seria incorrer em desvio de finalidade institucional.

Ao contrário, este papel desenvolvido pelas Cortes revela que elas têm assumido uma função política, tomando decisões que não se conformam à ordem constitucional, mas também direcionam a ação administrativa e legislativa do país.

Nos arranjos político-jurídicos compostos pelos cânones do Estado Democrático de Direito, as Cortes têm o dever de interpretar as leis de acordo com o princípio da coerência sistêmica e da segurança jurídica.

²⁷⁴MARTINS, Ives G. da S. *Repensando o Supremo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242584,71043>. Acesso em: 20 jul. 2016.

²⁷⁵ “Pimenta Bueno observa que o Poder Moderador era ‘a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação’”. CLÈVE, Clèmerson M., cit., p. 29.

Roberto Barroso ressalta que nas frágeis democracias as Cortes Constitucionais exercem um papel de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, além de garantir a estabilidade institucional, mediando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil.²⁷⁶

Em oposição aos defensores do “passivismo judicial”, os ativistas defendem uma atitude mais “proativa” da jurisdição constitucional, buscando a consolidação não só de novos direitos, mas, também, do regime democrático.

A função das Cortes Supremas é de preservar as instituições jurídicas e o Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, só deveria subir para os Tribunais Superiores, causas que transcendem o interesse das partes e que tenham repercussão geral.

No mesmo sentido, Kelsen afirma que os Tribunais Constitucionais têm, também, o dever de proteção eficaz das minorias contra os atropelos da maioria, isto é, devem garantir os princípios e valores constitucionais na sua integralidade.²⁷⁷

Destarte a atuação da moderna jurisdição constitucional alçou os Tribunais Constitucionais a um patamar de excelsa glória, pois são os “intérpretes finais da Constituição”, quanto aos juízos de natureza política, contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, desempenhado um papel mais ativo na abstração da função concretizadora de direitos.

Neste desiderato, a Corte Constitucional tem aumentado suas atribuições, tomando decisões que concretizam direitos, sobretudo os fundamentais, editando uma verdadeira

²⁷⁶“O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional”. BARROSO, Luís R. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, ano I, n. 02, p. 51, out. 2006.

²⁷⁷“Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a maioria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. (...) Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, cit., p.181-182.

“legislação judicial”, como também resolvendo conflitos entre os demais Poderes do Estado, permitindo a judicialização das políticas públicas.

Vale ressaltar que somente em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional pode ser exercida de forma ampla garantindo que as pretensões que envolvem os maiores interesses dos indivíduos - a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana - possam ser reconhecidas de forma criativa de novos direitos não expressamente previstos no texto constitucional.

A crítica que alguns constitucionalistas fazem ao moderno papel político do Supremo Tribunal Federal é que este tende a se politizar, “assumindo ele próprio um papel ideológico, com a perda da imparcialidade e a assunção de papel partidário, no sentido lato e no sentido do qualificativo”.²⁷⁸

Chega-se ao ponto de se propor a despolitização do Poder Judiciário com a criação de uma Justiça Constitucional voltada pra os problemas políticos, bem como mudanças no modo de seleção dos membros da Corte Constitucional, a fim de se evitar que os escolhidos pelo partido político ao qual o Presidente da República é filiado, dominem as decisões.²⁷⁹

²⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel G. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 16 jul. 2016.

²⁷⁹ Idem, *ibidem*.

CAPÍTULO II - O PROCESSO POLÍTICO DE *IMPEACHMENT*

1. O *impeachment* e os federalistas americanos

A obra “O Federalista” é considerada o trabalho mais instrutivo de filosofia política dos Estados Unidos da América. Tão importante que já foi comparada com obras de reconhecimento mundial como a “República” de Platão, a “Política” de Aristóteles e o “Leviatã” de Hobbes. Os autores, Alexander Hamilton (1757 – 1804), James Madison (1751 - 1836) e John Jay (1745 – 1829), escreveram uma coleção de artigos publicados em jornal de grande circulação, objetivando defender a ratificação da Constituição americana na Convenção da Filadélfia de 1787. Esses autores foram responsáveis pela criação do arranjo político-institucional americano, ou seja, do presidencialismo,²⁸⁰ da forma federativa de governo,²⁸¹ e de um bicameralismo diverso do inglês, visto que esse modelo não possui “Câmara dos Lordes” e “Câmara dos Comuns”, mas, Câmara dos Representantes e Senado Federal.

Além destas criações políticas, importaram da Inglaterra a responsabilização política do Presidente da República, através do processo de *impeachment* que foi inserido na vigente Constituição dos Estados Unidos da América.

²⁸⁰“A primeira sistematização do modelo de governo presidencialista encontra-se nos *Artigos Federalistas*, conjunto de textos que defendia proposta para constituição norte-americana, como reação às debilidades dos *Artigos da Confederação*, nos momentos que antecederam à convenção de 1787. Marcados pela ‘lógica da rebelião’, os *Artigos Federalistas* fixavam argumentos em favor do projeto político de certa forma centralizador, e que conferia poderes para o Presidente da República que então se criava. Temia-se qualquer forma de uso arbitrário de poder”. GODOY, Arnaldo S. de M. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e presidencialismo de Articulação Institucional*. 348 f. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito do Estado –Área de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 109.

²⁸¹ O conceito de União Federal está previsto no Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América: “Nós, o povo dos Estados Unidos, com vistas a formar a mais perfeita União, estabelecer justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar as bênçãos da liberdade sobre nós e nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América”. SAMPAIO, José A. L., cit., p.13.

Os escritores do livro “O Federalista” foram influenciados pela obra “Do Espírito das Leis”²⁸² de Montesquieu, particularmente sobre a tripartição dos poderes, fazendo algumas modificações para a construção do novo governo, pois defendiam que o acúmulo de poderes concentrados num só indivíduo resvalaria na tirania.²⁸³

A ideia da separação dos poderes, defendida pelos “Artigos Federalistas”, visava evitar a tirania, e está dentro do mecanismo de freios e contrapesos. Busca o equilíbrio entre os poderes, além de conduzir o aumento da eficiência profissional através de uma melhor especialização do trabalho.

Embora independentes, os poderes devem ser harmônicos, o que não significa o domínio de um sobre o outro, mas a consciência de que um colabora com o outro e exercem um controle recíproco para evitar os desmandos típicos dos governos despóticos.

Em “O Federalista”, encontra-se também a criação da federação americana, qual seja, um modelo político baseado num governo central que resguarda a autonomia dos Estados. Por tal razão propuseram que os Estados federados retivessem uma soberania residual em todas as áreas nas quais não fosse necessária a intervenção federal, com o escopo de estabelecer um governo resultante da “união das treze unidades”.

Desta forma, criou-se o governo da União Federal. Os “Pais Fundadores” da Constituição americana tinham repulsa pela monarquia, bem como tinham consciência de estarem criando uma nova forma de governo.²⁸⁴

Os autores de “O Federalista” também entendiam que mesmo havendo a tripartição dos poderes, era necessário que um poder controlasse outro poder, já que os homens não são controlados por anjos, mas sim por outros homens. O que consta dessa obra é que seus

²⁸² Cf. Montesquieu retrata que o poder político tende a ser alvo de abusos por parte dos seus detentores, por essa razão defende de forma convincente a redução das decisões arbitrárias e uma maior aplicação das leis, não apenas para segurança pessoal e benefício dos cidadãos, mas também como benefício decisivo e vantagem competitiva do próprio Estado.

²⁸³ “Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda; a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania. HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John, cit., p. 298.

²⁸⁴ “No artigo 69 os federalistas insistiam em diferenciar o presidente que imaginavam como esfera de poder do rei inglês que combateram em 1776. Nesse sentido, argumentavam, o mandato do presidente norte-americano seria de quatro anos, enquanto que o rei inglês exercia o poder indefinidamente. O presidente merecedor de confiança poderia ser reeleito, enquanto que o monarca tinha a coroa como patrimônio próprio e hereditário. O presidente assumia responsabilidades perante a Nação – podia ser julgado e responsabilizado pelos seus atos e omissões; o rei era sagrado e inviolável”. GODOY, Arnaldo S. de M. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e presidencialismo de Articulação Institucional*. 348 f. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito do Estado –Área de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 113.

escritores propuseram um modelo de Poder Legislativo forte o suficiente para exercer as funções fiscalizadoras e sancionatórias do Presidente, o que seria o desejo de uma nação ilustrada e razoável.²⁸⁵

James Madison sugere que o Poder Legislativo precisa de medidas de controle interno, e propõe a criação de duas instâncias legislativas baseadas em princípios de ações e formas de eleições diversas. Estas palavras são usadas para se referirem à legislatura bicameral.

O Senado é instituído como uma segunda Câmara legislativa com o propósito de frear as ambições da Câmara dos Representantes, de forma que a ação de uma leve à moderação da outra. O referido sistema também possibilitou que o Poder Executivo vetasse as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, e ao Poder Judiciário foi dado o direito de interpretar as leis e fazer “guardar” a Constituição, expurgando do ordenamento jurídico qualquer estatuto que lhe fosse contrário.²⁸⁶

Alexander Hamilton também criticou a possibilidade de a Suprema Corte cassar as decisões do Parlamento, fato que proporcionou um empoderamento histórico da Corte,²⁸⁷ descrevendo que numa República deve haver um freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo.²⁸⁸

Os autores de “O Federalista” também deixaram uma poderosa mensagem para o mundo, qual seja: “não há felicidade se não houver liberdade, não há liberdade se não houver autogoverno; não há autogoverno sem constitucionalismo; não há constitucionalismo sem moralidade”. A conclusão que se extrai dos teóricos americanos é que estes ideais só se sustentam em um governo central, estável, duradouro e responsável.

²⁸⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John, cit., p. 456.

²⁸⁶ “O que nesse caso, a razão manda é que o ato antecedente da autoridade suprema seja preferido ao subsequente da autoridade subalterna; e que, por consequência, os juizes obedeçam à Constituição e desprezem qualquer estatuto que seja contrário ao que ela diz.” HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, cit., p. 460.

²⁸⁷ “Segue-se, finalmente, que, como a liberdade nada tem que temer do partido Judiciário sozinho e tudo que recar da sua união com qualquer dos dois outros – como a dependência em que ele se achasse de um deles produziria todos os efeitos de uma verdadeira união, apesar de uma separação, em que em breve se tornaria ilusória e nominal- como, pela sua fraqueza natural, o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjugado ou seduzido pela influência dos poderes rivais – e como, finalmente, nada pode contribuir tanto para firmar a sua independência como a inamovibilidade dos juizes, deve essa instituição ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da justiça e segurança pública”. Idem, *ibidem*, p. 458-459.

²⁸⁸ “A lei que faz depender do comportamento de juizes a duração do seu exercício é certamente um dos mais apreciáveis melhoramentos modernos em matéria de governos: em uma monarquia é um obstáculo salutar ao despotismo do príncipe; em uma República, um freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo. Em qualquer governo a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça”. Idem, *ibidem*, p. 458.

2. O *impeachment* na doutrina estrangeira

O *impeachment* nasceu na Inglaterra, provavelmente no fim do século XIII, com duração até o século XVIII.

Após cumprir o seu papel histórico, perdeu força quando o parlamentarismo emergiu como sistema baseado na importância política do Parlamento. Para Dicey²⁸⁹ o instituto é um “canhão de cem toneladas” que dorme no museu das antiguidades constitucionais. Enquanto o instituto inglês caminhava para o seu ocaso, os Estados Unidos da América o acolheu na Constituição de 1787. Semelhantemente, vários países adotaram o *impeachment* como uma ferramenta eficaz para frear os excessos do presidencialismo.

2.1 O *impeachment* na Inglaterra

O *Impeachment*²⁹⁰ é um instituto medieval nascido na Inglaterra, originariamente ligado à prática de crimes contra o *common Law*,²⁹¹ para que pessoas acusadas de crimes pudessem ser atingidas pela justiça. O nascimento do *impeachment* está associado ao

²⁸⁹ DICEY, A. V., cit., p.443.

²⁹⁰“O verbo impeach não é frequente na língua inglesa em seu sentido original no qual é sinônimo de to hinder, significando impedir o avanço ou continuação, reter, deter, obstruir. Daí, o substantivo impeachment, cujo significado é impedimento. Evoluindo desse sentido original, o verbo e o substantivo vieram a ser usados no sentido de fazer objeção a, impedir de continuar, denunciar, acusar, como também para designar a ação, o ato ou o efeito de fazer acusações de má conduta contra um agente estatal perante um tribunal ou órgão público que o processará e julgará. Nesta última acepção encontra-se o instituto do impeachment, aqui enfocado, para cuja denominação a doutrina brasileira tem estranhado o termo impedimento, tradução literal de impeachment, preferindo usar o termo inglês, devidamente posto entre aspas ou em itálico ou negrito. BARROS, S. R. de. O *impeachment* republicano. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 10, n 12, p. 491, anual. 2006.

²⁹¹“Ou como resumiu Adolf Samueley: ‘como meio de acusação em geral, não se limitou jamais o impeachment aos Conselheiros da Coroa, porém, originariamente, sempre se apoiou num crime contra a *common law*. Mais tarde, porém, surgiram queixas contra funcionários, que não se fundavam em um crime de direito comum, e chegou-se a firmar o princípio de que, ao menos em relação aos servidores do Estado, qualquer descumprimento de dever, qualquer ofensa aos interesses da nação, pode ser objeto de impeachment’”. PINTO, Paulo B. de S. O *Impeachment*. *Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 29.

surgimento das classes políticas que orbitavam ao redor da monarquia, principalmente os nobres feudais e os novos burgueses.²⁹²

Todos os ingleses poderiam sofrer um processo de *impeachment*: autoridades, nobres, aristocratas, militares, civis e súditos em geral. Mas a especialidade do instituto era as pessoas gradas, os altos funcionários e, dentre estes, os Ministros de Estado. Tinha como sujeito passivo qualquer pessoa que cometesse crime, bem como má conduta e faltas inominadas com ou sem repercussão na esfera criminal.

Somente a “Coroa” ficava de fora, pois, havia um brocardo jurídico que dizia: *The King can do no wrong*, que traduzido para o vernáculo significa “O Rei não erra”; por conseguinte, não seria passível de ser réu num processo desta natureza, em virtude da teoria do direito divino²⁹³ que predominou durante o Estado Monárquico absoluto, em particular na Inglaterra. Esta teoria justificava o fato de que o Rei não poderia ser responsabilizado por seus atos, sendo esta a razão pela qual o monarca era intangível em seus feitos. Com isso o arbítrio do monarca começou a crescer de forma absurda. Com o escopo de preservar a democracia, os ingleses elaboraram lentamente o *impeachment* para, indiretamente, impedir a prepotência do soberano; como ele era irresponsável e inatacável, a solução foi atacar seus colaboradores, de forma que foi dirigido contra todos os que tivessem parcela de poder público.²⁹⁴

Esta teoria da irresponsabilidade real vigorou até 1947, a qual imputava aos altos funcionários os danos praticados em nome da monarquia, situação que só mudou com a edição do *Crown Proceeding Act*,²⁹⁵ quando a “Coroa” passou a responder pelos danos cometidos por seus funcionários ou agentes aos particulares.²⁹⁶

²⁹²“O criminal nasceu no direito medieval em congruência com o próprio surgimento da representação política das únicas classes que podiam estar em parlamento com o rei: os nobres feudais e os novos burgueses enriquecidos, aqueles ainda senhores dos feudos e estes já deles libertos pelo mercantilismo. Em meio a essa tríplice estrutura, em que o rei (a Casa Real) entra em parlamento com os nobres leigos e clericais (a Casa dos Lordes) e com os burgueses (a Casa dos Comuns), o *impeachment* nasceu, viveu e morreu em função da correlação de forças por efeito da qual tem evoluído o governo inglês: *the king in parliament*”. BARROS, S. R. O *impeachment* republicano. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 10, n 12, p. 491, anual. 2006.

²⁹³“A teoria do direito divino, predominante durante o Estado Monárquico absoluto, em particular na Inglaterra, justificava o fato de que o rei não pode ser responsabilizado por seus atos. No mesmo diapasão, justificava-se invocar o brocardo jurídico-político que, como lembra o francês René David, durante séculos, até 1947, proclamou-se na Inglaterra o princípio de que o rei não poderia agir mal, ou *the king can do no wrong*, consagrando destarte a teoria da irresponsabilidade e deixando bem clara a posição do rei no direito inglês”. RICCIPELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* São Paulo: Minha Editora, 2006, p. 7.

²⁹⁴ FERREIRA MACIEL, A. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 393.

²⁹⁵ “Nesta fase, inicia-se o ataque aos Ministros do rei que perdiam a confiança do Parlamento, decidindo-se que o *impeachment* era em procedimento de caráter parlamentar e não mais alcançado pelo perdão real, assumindo

A acusação era dirigida ao monarca, todavia, o processo era tão sério que nem mesmo o soberano poderia paralisar um *impeachment*, embora pudesse indultar o condenado, impedindo a execução da pena.

Através da referida proibição o Rei não podia livrar nem os seus próprios Ministros, sobre os quais incumbia a tarefa de serem honestos e justos. Confirma-se o instituto como meio de pressão sobre os Ministros do Rei.

Julgada procedente a acusação, este era destituído do cargo, podendo ser condenado até mesmo à pena de morte. Neste momento da história medieval, a responsabilidade política dos Ministros e das altas autoridades inglesas era levada às suas últimas consequências.

Portanto a finalidade principal do *impeachment* era impedir a permanência no poder daquele que desmereceu a confiança popular, pois eliminava do governo o cidadão nocivo, afastava da cena política quem não se compenetrava das altas responsabilidades como depositário de grande parcela do poder político.

Na lógica política inglesa, o governante ímprobo e traidor da nação deveria ser apeado do cargo, pois não é senhor do poder que exerce, mas um mero representante do povo ou da comunidade com quem tem um compromisso de prestar contas.

Não havia possibilidade de apreciação judicial das decisões do Parlamento a quem cabia tipificar a conduta como criminosa.

A palavra *impeachment* no Reino Unido²⁹⁷ tinha um significado terrível e odioso, pois o sujeito passivo que cometesse crime de alta traição contra o Estado poderia ser condenado à pena de morte, exílio, prisão e perda de bens, além da pena de opróbrio.²⁹⁸

assim o importante papel de instrumento de pressão sobre os ministros do rei”. RICCITELLI, Antonio, cit., p. 07-08.

²⁹⁶ “A responsabilidade civil do Estado na época é bem retratada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar as hipóteses às quais a Coroa passou a responder após o *Crown Proceeding Act*. Retratou bem a situação daquela fase ao referir-se à responsabilidade civil do Estado, que vigorou, na Inglaterra, até 1947, conhecida como a teoria da irresponsabilidade. Baseada no princípio *the king can do no wrong*, o funcionário é que respondia pelos danos causados ao particular. Com a aprovação, naquele ano, do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder, nas hipóteses por danos cometidos por seus funcionários ou agentes, desde que houvesse infração daqueles deveres que todo patrão tinha em relação aos seus prepostos e também daqueles que toda pessoa comum tinha em relação à propriedade. Nessa fase, inicia-se o ataque aos ministros do rei que perdiam a confiança do Parlamento, decidindo que o *impeachment* era um procedimento de caráter parlamentar e não mais alcançado pelo perdão real, assumindo assim o importante papel de instrumento de pressão sobre os ministros do rei”. RICCITELLI, Antonio, cit., p.07-08.

²⁹⁷ O *impeachment* foi criado num contexto político britânico medieval, onde observamos um diferenciado processo de consolidação da monarquia. Historicamente, a formação do Estado Nacional Britânico nunca veio de fato a instituir a figura de um rei que exercesse amplos poderes sob a população. Contudo, no caso inglês, o *impeachment* só era utilizado quando um funcionário ou ministro fazia mau uso de suas prerrogativas políticas.

Como todos os produtos resultantes da genialidade inglesa - Constituição de “João Sem Terra” de 1215 e o Parlamentarismo ²⁹⁹ - o *Impeachment* foi fruto de uma lenta evolução das tradições históricas, posteriormente incorporadas à ciência política daquele país.

O *impeachment* provavelmente nasceu entre o fim do século XIII e XIV,³⁰⁰ quando foram instauradas as primeiras investigações contra alguém acusado pelo clamor público.

O primeiro processo de *impeachment* teria ocorrido em 1283, contra um cidadão conhecido como David, conhecido como “o irmão de Llewellyn”. Depois outros tantos se seguiram como o de Thomas, Conde de Lancaster, em 1322, Roger Mortiner; de Simon de Beresford, em 1330; do Arcebispo da Cantuária John Stratford.

A história inglesa registra outros casos de pessoas que foram sujeitas ao mesmo procedimento tais como: Thomas Barclay, 1350 e Richard Lyons, 1376, cuja repercussão atingiu o Lorde Latimer, ocorrendo a partir desse caso, uma mudança da natureza do instituto, passando de criminal para político.

Esse foi o primeiro caso em que as Casas do Parlamento iniciaram um processo com a acusação na Casa dos Comuns e o julgamento na Casa dos Lordes.

Em 1459 o instituto em apreço caiu em desuso, mas foi restaurado nos idos de 1529 e 1549, quando foram a julgamento o Cardel Wolsey e Sir Thomas Seymour.

Depois desses julgamentos verificou-se um hiato histórico, visto que não há registro do seu uso. Em seu lugar surgiu um não menos odioso instrumento, uma condenação puramente legislativa, denominado *Bill of Attainder*,³⁰¹ considerado uma lei-sentença, através da qual se condenava alguém lhe extinguindo os direitos civis e políticos.

Além disso, o *impeachment* poderia acarretar em outras punições criminais. SOUSA, Renier. *Impeachment*. Mundoeducação.bol.uol.com.Br/política/impeachment. Acesso em 12 abr 2016.

²⁹⁸“Há quem diga que a palavra *impeachment*, na Inglaterra, era sinônima de morte”. PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 31.

²⁹⁹ “Ao longo de largo período que se estende por cerca de trezentos anos, até a ‘Gloriosa Revolução’ (1688), o Parlamento inglês adquire o sentimento de sua força, toma consciência de seu prestígio, apresenta-se resolutamente como o poder nacional diante do rei, discute com energia os assuntos de governo, faz do imposto o grande instrumento de sujeição do poder, sustenta nas afamadas petições do século XVII os princípios básicos de garantia das liberdades, direitos e franquias já auferidas pelas camadas economicamente mais ponderáveis do povo inglês. Atravessados pois as revoluções do século XVII, que decapitaram o rei e baniram uma dinastia, a Inglaterra surge com o sistema representativo inabalavelmente consolidado, de trilha aberta já para a implantação do sistema parlamentar, segundo momento importantíssimo na vida das instituições políticas daquele país.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 396.

³⁰⁰ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 28.

³⁰¹“Após longo período de hibernação, durante o qual, e por isso mesmo, prosperou o *bill of attainder*, que era uma condenação decretada por lei, uma lei-sentença, odiosamente pessoal e retroativa, no juízo de Esmein, o *impeachment* ressurgiu com pujança. Passou a ser admitido nos casos de ofensa a Constituição inglesa ” __, por

O processo era muito mais rápido e eficaz que o *impeachment* sendo adotado pelas duas Câmaras, com a concordância formal do monarca. A sanção prevista poderia ser pena de morte, banimento, ou ainda, em casos de traição sem aplicação das penas acima mencionadas, poderiam ser aplicadas as sanções da extinção dos direitos civis e políticos do acusado, ou seja, a perda do direito de todos os títulos aristocráticos, perda de bens e impossibilidade de transmissão da herança do condenado para seus descendentes e ascendentes.

*O Bill of Attainder*³⁰² não possuía natureza de crime, portanto, não precisa ser descrito como tal, o que resultava num tipo de julgamento não transparente para o acusado. Antonio Riccitelli descreve as seguintes características do *Attainder*: a) era um processo legislativo; b) adotado em ambas as Câmaras; c) ao contrário do *impeachment*, não prescindia do assentimento formal do Rei; d) caráter indefinido do crime, apesar de ser mais aplicável à traição, não precisava se restringir à definição jurídica, podendo, portanto, ser utilizado para qualquer tipo de crime; e) tinha por origem de instauração a decretação da pena de morte ou banimento e a condenação por traição ou felonía.³⁰³

Logo depois o *impeachment* ressurgiu, servindo para acusar Sir Giles Momperson, quando os “Comuns” perceberam que só poderia atacá-lo politicamente perante o Parlamento. O *impeachment* foi também utilizado para combater altas autoridades como Francis Bacon, Visconde de Saint Albans, Conde de Middlesex e outros personagens importantes da Inglaterra.

Para o julgamento dos processos de *impeachment*, os ingleses tiveram como modelo o Tribunal do júri (*Grand Jury*) que, periodicamente, se formava nos condados para dizer se

crimes muitas vezes difíceis de definir na imprecisão dos textos, como observa Glasson”. PINTO, Paulo B. de S., cit., p.27.

³⁰² “A rigor, Hobbes esquece o que disse logo antes: o conde, de fato, começa sendo processado (o *impeachment* é um processo judicial, movido pelos Comuns, que acusam alguém junto aos lordes, que, estes funcionam como tribunal), mas não se chega a condená-lo, nessa etapa, por faltarem provas, ou melhor, porque os documentos e dados existentes não validam sua condenação. Será então executado mediante o *attainder*, ou lei de proscricção, que, está óbvio, não é um procedimento judiciário. É bom lembrar que o *attainder*, ao contrário do *impeachment*, exige a sanção do rei; e Carlos I, embora relutasse em dá-la, acabou, para fazer as pazes com o Parlamento, acedendo à sua promulgação. Leia-se Gardiner: “Às nove da noite de Domingo, 9 de maio, o rei anunciou, em lágrimas, a seu conselho privado: “Se tivesse em perigo somente a minha pessoa privada, eu alegremente me disporia a salvar a vida de lorde Strafford, mas, vendo que isso afeta a minha esposa, meus filhos e meu reino, sou forçado a ceder”. MANNING, Brian. *The english people and the english revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1978, p. 30.

³⁰³ “As principais consequências das características anteriormente comentadas são dignas de nota. Além da pena principal imposta pela condenação, ficava ainda o acusado sujeito, por exemplo, ao conteúdo exposto na letra d, ou seja, privado do direito a ter um julgamento transparente, no qual tivesse a oportunidade de ter efetiva ciência do objeto da acusação. Padecia ainda sobre o acusado, pela *Bill of Attainder*, a completa extinção dos seus direitos civis e políticos, a perda do direito a todos os títulos nobiliárquicos e todos os bens. Além disso, padecia a chamada corrupção de sangue, que impedia ao condenado a transmissão de posses e títulos aos seus descendentes”. RICCITELLI, Antonio, cit., p. 10-11.

procediam as acusações criminais contra alguém e ensejar a formação de processo e julgamento por outro corpo (*Petit Jury*).

O processo dava-se perante a Câmara dos Lordes, o mais alto órgão do Reino Unido da Grã-Bretanha que funcionava como Tribunal Judiciário. Por simples maioria poderia condenar o acusado a penas terríveis desde a morte, exílio, prisão e perda de bens.

A “Câmara Alta” agia como Corte Política e tinha a função de afastar do poder a autoridade, a fim de que não continuasse a prejudicar o país em casos de traição e outros grandes crimes e delitos, cometidos ou não no exercício da função. Para escapar de tão severo julgamento, os Ministros tinham por costume renunciarem aos cargos antes de ser iniciado o processo.

Deu-se o costume inglês de renúncia do cargo antes do início de tão grave acusação, fato que continua dentro das tradições do Parlamentarismo inglês. Entre 1621 e 1715, em mais de cinquenta julgamentos, o Parlamento recusou-se a restringir o objeto e as consequências do processo. Sempre que atacavam os Ministros, os “Comuns” estavam, em última análise, atacando a política do Ministério.

Por essa razão, os Ministros adquiriram o costume de atender às diretrizes políticas traçadas nas Casas Parlamentares. Caso contrário, o Ministro renunciava por ter perdido a confiança do Parlamento.

Esse costume inglês de renúncia do Primeiro-Ministro, em face da perda de confiança do Parlamento, é credenciado ao trauma histórico que o processo de *impeachment* deixou entre os políticos ingleses.³⁰⁴ Desta forma, o *impeachment* se constituiu numa alavanca com a qual os parlamentares “Comuns”, que em sua maioria representavam a burguesia, ergueram o parlamentarismo contra o absolutismo do Rei.³⁰⁵

Burke afirmou que o *impeachment* era o cimento da Constituição inglesa sem o qual a Inglaterra não seria a Inglaterra, isto é, o instituto foi considerado o instrumento garantidor da solidez da oitocentenária Carta Política da Inglaterra.³⁰⁶

³⁰⁴ “Com efeito, do conflito do Parlamento com os Stuarts, resultara claro o princípio novo do direito público inglês de que, em caso de pendência com o poder representativo, os ministros decaídos da confiança do Parlamento ficariam sujeitos a um processo de responsabilidade, em que caberia a acusação à Câmara dos Comuns e o julgamento à Câmara dos Lordes.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., p. 396.

³⁰⁵ BARROS, S. R. de. O *impeachment* republicano. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Ano 10, n 12, p. 491, anual. 2006.

³⁰⁶ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 31.

Embora a origem do *impeachment* tenha sido criminal, o certo é que houve uma evolução do instituto, e este se metamorfoseou para o âmbito político, passando a ser usado nos casos de ofensa à Constituição e aos interesses da nação, e nos *High Crimes and Misdemeanors*, traduzidos como “Altos Crimes e Contravenções”. O instituto visava, sobretudo, apurar a responsabilidade dos Ministros e nunca do Rei, pois, no Parlamentarismo o Rei reina, mas não governa, assumindo a representação do Estado e não do governo que é exercido pela figura do Primeiro Ministro.³⁰⁷

O *impeachment* entrou em desuso na Inglaterra, devido às suas enormes complicações, por ser um misto de processo criminal e político. A última notícia de um processo deste jaez ocorreu em 1805, com a absolvição de Lord Melville, o qual foi acusado de malversação das finanças públicas.

Apesar de o *impeachment* inglês ter sido “sepultado” na Inglaterra, os convencionais americanos o ressuscitaram e o introduziram na Constituição aprovada pela Convenção da Filadélfia de 1787.

2.2 O *impeachment* nos Estados Unidos da América

É no ocaso da história do *impeachment* inglês que os americanos o adotaram, todavia, não o fizeram para apurar crimes comuns, mas, somente os crimes de responsabilidade política, praticados por algumas autoridades, como o Presidente da República, Vice-Presidente, Juizes e Servidores Federais, considerados *civil officers*, exceto os militares que estão sujeitos à legislação especial.³⁰⁸ O fato embaixador da acusação capaz de desencadeá-la não necessita de tipificação legal.

A acusação poderia compreender traição, suborno ou outros crimes e delitos - *treason, bribery or other crimes and misdemeanors* - conforme o disposto na Seção IV do artigo II da Constituição americana, a qual determina ser de competência exclusiva do Senado –

³⁰⁷ “Finalmente, ainda que num dos membros da legislatura (o rei) resida o supremo Poder Executivo, em caso de Impeachment, possa julgar e condenar todos os agentes subordinados ao Poder Executivo, nem por isso o coro legislativo inteiro pode exercer função alguma executiva.” HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, cit., p. 300.

³⁰⁸ CUNHA, F. W. da. O poder legislativo e o *impeachment*. *Revista de Informações Legislativas*, v. 29, n. 116, p. 31, out./dez. 1992.

representado por dois terços dos seus membros - julgar o Presidente da República. Nesse caso a Câmara Alta será presidida pelo Presidente da Suprema Corte.

No direito constitucional americano não há vinculação dos delitos a uma lei especial – como ocorre no Brasil onde os fatos considerados como crimes de responsabilidade estão enumerados na Lei 1.079/50. Nos Estados Unidos da América os delitos contêm expressões vagas, que podem abranger qualquer tipo de falta ocorrida na Constituição, situação que deixa margem a interpretações dúbias, causando uma grande insegurança jurídica.

O objetivo principal do instituto é impedir que o indivíduo continue no exercício do cargo, no qual está prejudicando o país ou que volte a prejudicar o país quando lhe aprouver.³⁰⁹

A defesa do *impeachment* em solo americano deveu-se à resistência dos conservadores que não queriam a aprovação de uma Constituição que estabelecesse um governo federativo, por temerem um poder centralizado, visto que já haviam sido libertados do domínio monárquico inglês. Os constituintes americanos trouxeram da Inglaterra dois institutos que já se encontravam em desuso naquele país: o veto e o *impeachment*.

Havia um receio de que o titular do governo central tivesse muitos poderes e por não ser um anjo, poderia agir como um tirano, um déspota. Os “federalistas” refutaram este argumento afirmando que havia a possibilidade de se adotar o *impeachment* para destituir do cargo o mais alto mandatário da federação.

O argumento do *impeachment* foi aceito e a Constituição americana de 1787 foi aprovada graças à pressão que os “artigos federalistas” exerceram perante a Convenção da Filadélfia.

O *impeachment* americano tem semelhanças e distinções com o modelo institucional inglês. Têm em comum o nome e o rito, todavia, o modelo americano distingue-se pelas consequências exclusivamente políticas, sem objetivos criminais, afastando do cargo aquele que cometesse má conduta (*misconduct in Office*), embora ficasse sempre aberta a porta da punição na Justiça comum.

Por não ter feição criminal como na Europa, nos Estados Unidos da América, a condenação política é menos temível, embora mais certa.³¹⁰ Esta é a razão pela qual os acusados costumam renunciar ao cargo antes mesmo da condenação.

³⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. T. III. 3 ed. Rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. p. 127.

Havendo crime comum conexo com o crime de responsabilidade política, o agente público vai ser julgado pela Corte Excelsa, pelo cometimento do primeiro.

O crime de responsabilidade é julgado perante o Senado Federal, depois de autorizado pela Casa dos Representantes. Resta, ainda, um ponto em comum entre o instituto inglês e o americano: aos acusados são concedidos amplos direitos de defesa tanto do ponto de vista processual como do material.

Na Inglaterra o *impeachment* atinge a um tempo a autoridade e castiga o homem, enquanto, nos Estados Unidos, fere apenas a autoridade, despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeitando-o, quando for o caso, à ação da justiça. Não atinge nem a pessoa nem os seus bens, mas simplesmente desveste a autoridade de sua capacidade política. Para Tucker, “o *impeachment* é um processo político contra o acusado como membro do governo, para proteger o governo no presente e no futuro”.³¹¹

Fica claro que o objetivo do *impeachment* é a retirada do poder das mãos de quem faz mau uso dele, bem como impedir que o cidadão seja reinvestido de poder no futuro. Esta é a razão pela qual a pena de inabilitação é necessária, porque se não for aplicada esvazia o instituto ao permitir que o elemento nocivo volte a governar o país, mesmo após a prática de “altos crimes e contravenções”.

Tocqueville afirma que nos Estados Unidos da América a origem de todo o poder está na Constituição, e que a sua violação é crime gravíssimo, susceptível à perda do cargo, pois àqueles que aceitam exercer funções públicas devem ser atribuídos todos os seus rigores.³¹²

Dissertando sobre a democracia na América, o autor francês afirma que o instituto em apreço não é considerado um remédio extremo para os grandes males da sociedade, mas como um meio habitual de governar.³¹³

A Constituição norte-americana aprovada em 1787 outorgou à Casa dos Representantes o juízo de admissibilidade da denúncia; se esta for acolhida, será encaminhada à segunda Câmara Legislativa. Ao Senado cabe realizar o julgamento do Presidente da

³¹⁰TOCQUEVILLE, Aléxis. *A Democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998. p. 90.

³¹¹TUCKER, John R. *The Constitution of the United States, a critical discussion of its genesis, development and interpretation*. v. I. Publisher Chicago, Callaghan, 1899. p. 411-412.

³¹²TOCQUEVILLE, Alexis, cit., p. 83.

³¹³ Idem, ibidem, p. 91.

República, Vice-Presidente, Juízes e Servidores Federais, os quais poderão ser afastados de seus cargos e funções, por traição, suborno ou outros altos crimes ou más condutas.³¹⁴

A pena prevista para os crimes de responsabilidade é de destituição do cargo e incapacitação para exercer qualquer outra função pública, honorífica ou remunerada. Havendo o desligamento definitivo do cargo, o processo é interrompido.

Não são muitos os casos de julgamentos por *impeachment* nos Estados Unidos, porém a história do instituto tem sido utilizada como arma parlamentar, evitando o terrível desgaste e a exposição pública de seus atos. Mesmo que o processo não seja concluído, a sua abertura já produz o efeito desejado, qual seja, o afastamento do acusado do cargo.

O caso mais célebre envolveu o Presidente Richard Milhous Nixon, que renunciou ao cargo após a abertura do processo, abreviando a crise gerada entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a partir dos fatos denominados como *Watergate*.³¹⁵ O Senador Willian Blount do Tennessee foi acusado de participar da conspiração do confisco britânico da Louisiana e da Flórida, teve sua acusação retirada em 14 de janeiro de 1799, não sofreu o *impeachment* mais foi expulso do Senado.

A primeira autoridade efetivamente condenada pelo Senado americano foi o juiz John Peckering de New Hampshire, o qual foi considerado culpado da prática dos crimes de má conduta e embriaguez, tendo perdido o cargo.

A história dos Estados Unidos registra principalmente muitos casos de *impeachment* contra juízes, porém somente dois Presidentes da República foram submetidos a processo desta natureza, sendo julgados perante o Senado Federal.

O 17º Presidente Andrew Johnson³¹⁶ tomou posse como Presidente dos Estados Unidos da América e governou o país de 1865 a 1869, logo após o trágico assassinato de Abraham Lincoln, assumindo o cargo, propôs-se a continuar a sua obra de reconstrução do país, devastado pela Guerra da Secessão.

³¹⁴ O instituto do *impeachment* está previsto no artigo 1º, Secção 3, item VI, da Constituição Americana.

³¹⁵ O caso “Watergate” que ficou célebre na história política americana por envolver integrantes do governo do Presidente Nixon (1969 – 1974), em episódio de espionagem na sede do partido democrata, que era oposição ao governo. O Congresso Nacional determinou a abertura do processo contra o Presidente que renunciou, e, em seu lugar, assumiu Gerald R. Ford.

³¹⁶ “O Presidente Johnson não era benquisto pelo povo e ergue-se logo contra ele larga oposição. A maioria dos 39º Congresso voltara para a Curta Sessão decidida a retirar as prerrogativas e funções do sucessor de Lincoln”. RODRIGUES, B. L. Processo de *Impeachment* do Presidente dos Estados Unidos Andrew Johnson (1867 – 1868). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 77, p. 54, jul. 1993.

O Congresso, durante a referida guerra havia dado muito poder a Lincoln e procurou recobrar a força diminuída em prol da unidade nacional. Todavia, o seu sucessor foi acusado por congressistas radicais de ser muito tolerante para com os Estados do Sul que haviam perdido a guerra, fato que fez com que perdesse o apoio político dos parlamentares.

Após a exoneração do Secretário da Guerra, Ewin M. Stanton, que fora nomeado pelo seu antecessor, a Câmara dos Representantes autorizou a abertura do processo de *impeachment* contra Johnson. A razão da exoneração estava no fato de que Stanton não se dava bem com Johnson, aproveitando todas as oportunidades para injuriar, pelas costas, o Presidente.

A disputa política fez com que os republicanos vissem a chance de ouro para tirar o democrata do poder. Entretanto, Johnson foi absolvido com uma diferença de apenas um voto no Senado americano.

Em 1999, o democrata Bill Clinton também sofreu processo por *impeachment* por ter perdido o controle das duas Casas do Congresso para os republicanos e entrado em confronto com os congressistas, por ter admitido que fumou maconha e, ainda, ter tido um relacionamento íntimo com uma estagiária no salão oval da Casa Branca. Tanto Johnson quanto Clinton escaparam da condenação graças ao apoio que encontraram no Senado.

Clinton encontrou o apoio dos democratas, como era de se esperar, e ainda de alguns republicanos moderados que queriam se candidatar. Entretanto, o que se diz é que a absolvição de Clinton deu-se à sua alta popularidade entre os americanos que gozavam de um momento econômico de muita prosperidade.

Essa combinação retirou Clinton do caos político e da humilhação da perda do cargo público mais cobiçado do mundo. A impopularidade entre os eleitores se constituiu num grande obstáculo para o êxito de um processo de impedimento, visto que este se alimenta da *vox populi*, do clamor público que vem das praças, ruas, imprensa e universidades.

Esse argumento dá sustentação à tese de que o *impeachment* é mais político que jurídico. Mesmo havendo uma forte causa jurídica, esta não será capaz de afastar um Presidente com forte apoio popular. Não havendo o apoio popular e político, fatalmente o Presidente será tragado pelas forças contrárias tão comuns no cenário político.

Lauro Nogueira enumera vários casos de *impeachment* que fazem parte dos anais da história política americana: a) William Blount – Senador absolvido em 1779; b) John Pickering - Juiz condenado em 1803; c) Samuel Chase – juiz absolvido 1804; d) James H. Peck - juiz absolvido 1830; e) West H. Humphreys – Juiz condenado 1862; f) Andrew Johnson – Presidente da República – absolvido 1868; g) W. W. Belknap – Secretário de Guerra- absolvido 1876; h) Charles Swaine – juiz absolvido 1904; i) Robert W. Archbald – juiz- condenado 1912; j) William Surger – governador de Nova York - 1913; l) James E. Ferguson – Governador do Texas – 1917; m) John C. Walton , Governador de Oklahoma – 1923; n) Bill Clinton – Presidente – absolvido – 1999.

Considerando a gravidade da pena de *impeachment*, os congressistas americanos desenvolveram um meio de torná-lo mais difícil, essa é a razão pela qual o quórum é elevadíssimo, tanto na Casa dos Representantes (mais da metade) quanto no Senado Federal (dois terços).

A literatura norte-americana tem feito muita crítica ao *impeachment*, inclusive já foram propostas emenda à Constituição no sentido de banir do ordenamento constitucional o anacrônico instrumento. No entanto, todas as propostas foram rejeitadas e arquivadas, sob o argumento de que o instituto tem sido considerado um dos poderosos meios de manter o *check and balance* do sistema da separação dos poderes no constitucionalismo estadunidense.

Para Lauro Nogueira “a máquina do *impeachment* pouco tem trabalhado nos Estados Unidos; e, aliás, quando o tem, há sido com mui pouca vantagem”, justificando que o “americano confia sobretudo nos seus homens públicos, e, neles no ‘sense of duty’ no respeito à ‘force of public opinion’”³¹⁷

2.3 O *impeachment* na França

O modelo francês é considerado um aprimoramento do *impeachment* de Ministros do sistema inglês, muito anterior à Revolução de 1789,³¹⁸ cujas consequências foram supremacia da lei e do Parlamento. Desde então o *impeachment* foi admitido na França, estando previsto

³¹⁷ NOGUEIRA, Lauro. *O Impeachment Especialmente no Direito Brasileiro*. Imprensa: Fortaleza, Paulina, 1947, p. 48

³¹⁸ NOGUEIRA DA SILVA, P. N. *A Chefia do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 71.

nas leis constitucionais de 1848 que dispunham que não só o Presidente da República e os Ministros, mas todos os agentes e depositários de autoridades públicas eram responsáveis, cada qual em seu setor, pelos atos de governo e de administração, respondendo por estes perante o tribunal competente.

A Constituição de 1875 dispôs que competia ao Senado, privativamente, julgar o Presidente da República, Ministros e os particulares por atentados à segurança do Estado; os Ministros, por crimes cometidos no exercício do cargo. Quanto ao Presidente, só era responsabilizado nos casos de alta traição.

A Constituição Francesa de 1946 reproduziu parcialmente o comando da anterior, restringindo a responsabilidade do Presidente aos crimes de alta traição. O julgamento sai da competência do Senado e passa a ser de competência da alta Corte de Justiça, formada por um tribunal misto composto por parlamentares e não-parlamentares. Era composta por trinta juízes, sendo vinte eleitos pela Assembleia Nacional.

Esta Corte julgava o *impeachment*, o qual era previamente preparado por uma espécie de comissão de instrução. O julgamento era secreto, sendo necessário o voto da maioria absoluta dos seus membros para a hipótese de condenação. Não havia previsão de recurso para a decisão tomada.

A Constituição de 1958 adotou um sistema que é como uma fusão dos sistemas anteriores. Instituiu uma Alta Corte de Justiça, eleita pela Assembleia-Geral e pelo Senado, para julgar o Presidente da República nos casos de alta traição e os membros do Governo nos crimes praticados na forma da legislação em vigor.

Na França já ocorreram dois casos de *impeachment* com julgamento de procedência:³¹⁹

a) O do ex-Ministro do Interior, Nolvy, acusado por Léon Daudet da haver tido entendimentos com o inimigo. A Câmara dos Deputados aceitou o processo e o encaminhou ao Senado onde foi condenado;

b) O ex-Ministro Callaux que, por motivos análogos, foi em (1920) condenado a três anos de prisão, cinco de exílio e dez perdas de direitos políticos.

³¹⁹ NORONHA, Flávio. A. *O IMPEACHMENT. Sua necessidade no regime presidencial. O processo, pontos de controvérsia, conceito, natureza e história*. Imprensa: Brasília, 1992, p. 11.

2.4 O *impeachment* na Itália

A Constituição da República da Itália de 1947 estabeleceu um amplo conceito de *impeachment*, de tal forma que não se pode realizar uma enumeração taxativa. Nos casos de impedimento permanente ou de morte ou de demissão do Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados indicará eleições de um novo Chefe de Estado dentro de quinze dias, salvo se houver previsão de eleições ou faltar menos de três meses para o término da legislatura, valendo o de menor prazo.

O julgamento italiano é feito pela Corte Constitucional, ampliada por jurados populares, em casos de alta traição (comportamento doloso que, ofendendo a personalidade interna e internacional do Estado, constitui uma violação ao dever de lealdade à República) ou atentado à Constituição (compreende qualquer ato doloso com fim de violar a Carta Política ou alta traição).³²⁰

Cabe ao Parlamento promover a ação de *impeachment* contra o Presidente da República, no entanto, o julgamento é realizado pela Corte Constitucional, sendo a única instância legitimada para dar a última palavra acerca dos crimes dessa natureza. Para o julgamento do Presidente da República a Corte adquire, por determinação expressa na Lei Maior, uma composição especial.

Aos seus quinze juízes togados, com mandato por tempo certo e determinado, são acrescentados dezesseis jurados populares, escolhidos por sorteio em lista de cidadãos comuns, dotados dos requisitos de elegibilidade para o cargo de Senador da República.

Na Constituição italiana, quando for apresentado pedido para se colocar o Presidente da República em situação de acusação, existe uma fase preliminar de admissibilidade pelo Parlamento. Inicialmente é formada uma comissão mista de Deputados e Senadores.

A comissão fará um exame que pode resultar na admissibilidade da acusação pelo Parlamento ou na rejeição com o arquivamento liminar da peça acusatória. Diante do parecer da comissão processante, o Parlamento italiano delibera, em decisão de natureza política,

³²⁰ “O Código italiano entende por alta traição o comportamento doloso que, ofendendo a personalidade interna e internacional do Estado, constitui uma violação ao dever de lealdade à República. Esse fato pressupõe um interesse do Chefe de Estado em potências estrangeiras, podendo prejudicar os interesses nacionais ou desvirtuar o ordenamento constitucional. O atentado à Constituição compreende qualquer ato doloso com fim de violar a Constituição. Cabe ao Parlamento promover a ação penal contra o Presidente da República por atos praticados contra a Constituição ou alta traição”. RICCITELLI, Antonio, cit., p. 89.

através da maioria absoluta dos seus membros, podendo conceder autorização para a Corte Constitucional julgar o Chefe de Estado.

Na Itália parlamentarista, não há notícia de impedimento de Presidente da República, o qual exerce as funções de Chefe de Estado. O último arquivamento realizado envolveu o ex-Presidente Giorgio Napolitano em face de representação do Movimento 5 Estrelas. Houve um caso de renúncia de Francesco Cossiga, já falecido, acusado de envolvimento com a Guerra Fria.

Assim, o modelo italiano não se compara com o americano ou brasileiro, onde todo o julgamento político é feito exclusivamente pelo Senado Federal, sem a participação da Corte Constitucional.

2.5 O *impeachment* no Brasil

Inicialmente o arranjo institucional do *impeachment* no Brasil seguiu o modelo americano que prevê responsabilidade exclusivamente política dos governantes que transgridem a Constituição. Naquele país o afastamento do Presidente da República pode ocorrer em virtude de traição, corrupção, suborno e outros grandes crimes e faltas graves, tendo sido concebido para proteger a sociedade contra atos indesejáveis de altas autoridades. Na definição destes *highs crimes*, há uma margem muito grande para valorações e subjetivismos, não havendo entre eles consenso sobre o significado destas expressões no momento da impetração do instituto.

O *impeachment* é um amargo remédio posto à disposição do presidencialismo destinado a remover do poder os Presidentes incursos em crimes de responsabilidade. Os representantes do Poder Executivo têm o dever de agir com responsabilidade na condução do mandato que receberam do povo de tal forma que a prática de atos que redundem em ofensa à Constituição dá ensejo à abertura do processo de *impeachment*.

A primeira Constituição do Brasil, denominada Constituição do Império de 1824, admitia um processo penal que não era considerado um *impeachment*, todavia, servia como meio para responsabilizar os Ministros de Estado em casos de traição, suborno, concussão,

abuso de poder, falta de observância da lei, ou, ainda, naqueles casos em que agissem contra a liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos por qualquer dissipação dos bens públicos.

O artigo 134 anunciava uma lei que definiria a natureza dos delitos e a maneira de proceder com eles, fato que se consolidaria na Lei de 15 de outubro de 1827, conclusivamente, a responsabilidade dos Ministros de Estados e apresentava a seguinte redação: “não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escrito”. Ao longo de todo o Império, segundo narra a história, neste período, não houve um único caso de condenação por *impeachment*. Apesar dessa Constituição já conter um embrião do instituto inglês, não alcançava o Presidente da República e nem o seu Vice.

A Constituição Republicana de 1891 incluía o afastamento por impedimento do Presidente e Ministros de Estado, em crimes conexos com os daquele, competindo à Câmara dos Deputados declarar a procedência ou não da acusação, exigindo que o instituto tivesse como fundamento os crimes de responsabilidade definidos na Constituição.³²¹

Assim, o artigo 54, *caput*, elenca os atos praticados pelo Presidente da República que atentassem contra: a) a existência política da união; b) a Constituição e a forma de governo federal; c) o livre exercício dos poderes políticos; d) o gozo e exercício legal dos direitos políticos ou individuais; e) a segurança interna do país; f) a probidade da administração; g) a guarda e o emprego constitucional do dinheiro público; h) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso Nacional. O parágrafo primeiro previa serem aqueles delitos definidos em lei especial. O parágrafo segundo previa outra lei para regular a acusação, o processo e o julgamento e o terceiro determinava a primeira sessão do Congresso, como momento oportuno de elaboração das leis indicadas, nos dois primeiros parágrafos.

Neste período, a história brasileira narra o registro de alguns casos tentados contra Presidentes da República. Em 1893, o deputado J.J. Seabra e outros denunciaram o Marechal Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República no exercício da Presidência, acusando-o de diversos fatos delituosos; o resultado foi que a Câmara dos Deputados não acatou a denúncia.

³²¹“O impeachment, instituto de derivação norte-americana, surgiu no Brasil com a Constituição de 1891 e ganhou regulamentação infraconstitucional já em 1892 com as Leis nº 27 e 30. O mesmo sob a égide da Constituição de 1988 é regulado infraconstitucionalmente pela Lei nº 1079/50 (com suas atualizações). O impeachment é, para a doutrina majoritária, um instituto de natureza política (Paulo Brossard, Carlos Maximiliano, Michel Temer). Porém, as correntes minoritárias entendem que o mesmo é dotado de natureza jurídica penal (Pontes de Miranda) ou mesmo mista (Frederico Marques)”. FERNANDES, Bernardo G., cit., p. 903.

Em 1901, o contra-almirante Custódio de Melo denunciou o Presidente Campos Sales, por haver usado de violência contra o denunciante. O parecer da Comissão foi aprovado, mas a Câmara dos Deputados não acatou a denúncia por entendê-la inepta e por serem considerados injurídicos os seus fundamentos.

Outra denúncia contra Campos Sales foi realizada pelo Deputado Fausto Cardoso; a Câmara dos Deputados também não a acatou por considerá-la injurídica e inoportuna. O ex-Senador Coelho Lisboa denunciou Hermes da Fonseca, no entanto, desta não se encontraram informações sobre o resultado.

Admitido o processo, o Presidente seria afastado de suas funções e julgado pelo Senado Federal, mediante um quórum de dois terços dos membros presentes. O Senado, assumindo a função de Corte, teria o Presidente do Supremo Tribunal Federal, como o condutor do julgamento.

A pena era a destituição do cargo e a inabilitação para qualquer outro cargo público. Além destas sanções de caráter político, havia a previsão de punição para os crimes comuns na esfera do Poder Judiciário.

A Constituição de 1934 reduziu o Senado a um mero colaborador da Câmara dos Deputados no exercício do Poder Legislativo. Esta Carta Constitucional criou um Tribunal Especial para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e os Ministros de Estado nos crimes conexos. Nos demais crimes de responsabilidade não conexos e nos crimes comuns, seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1937 definiu que o Presidente da República seria julgado nos crimes de responsabilidade, os quais seriam definidos em lei especial, que também regularia “a acusação, o processo e o julgamento”. O *caput* do artigo 86 da citada Constituição previa o julgamento do *impeachment* pelo Conselho Federal, após ser declarada a procedência da acusação por dois terços de votos da Câmara dos Deputados. Esse tipo de crime tinha como penas: perda do cargo ou inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízos das ações cíveis e criminais.

A Constituição de 1946 determinava que logo após a Câmara dos Deputados ter declarado, por maioria absoluta, procedente a acusação, o Presidente da República, seria submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns ou perante o

Senado Federal nos crimes de responsabilidade, ficando suspenso de suas funções, desde que provada a prática destes crimes.

A Constituição de 1967 e a sua emenda mantiveram, nos mesmos termos e condições, o *impeachment* do Presidente da República e dos seus Ministros. Essa antiga Constituição trouxe uma novidade, o julgamento não se encerraria em sessenta dias, sendo arquivado, e o quórum elevado para dois terços dos votos para os membros, exigido da Câmara dos Deputados, para declarar procedente a acusação.

A Constituição de 1988 prevê a figura do *impeachment* para apurar os crimes de responsabilidade, assim definidos em lei, praticados pelo Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exércitos e da Aeronáutica. Estão sujeitos ainda ao processo de *impeachment* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União. Conforme dispõe o artigo 51, inciso I, da Constituição Federal, todos serão processados perante o Senado Federal, devendo a Câmara dos Deputados autorizar a instauração do processo por dois terços de seus membros.

No Brasil, vários pedidos de *impeachment* foram propostos contra Presidentes da República: Café Filho, Campos Salles, Arthur Bernardes, Getúlio Vargas, Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca, Juscelino Kubitschek, José Sarney, Itamar Franco, Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Luis Inácio Lula da Silva, e Dilma Vana Rousseff. Todavia, somente dois Presidentes foram condenados perante o Senado Federal, à perda do cargo de Presidente da República: Fernando Collor de Mello em 1992 e Dilma Vana Rousseff em 2016.

Escaparam de serem sujeitos de denúncias de *impeachment* o Marechal Dutra e Jânio Quadros. Ademais, seis Presidentes não concluíram seus mandatos, a saber: Affonso Pena, (porque faleceu), Washington Luís (deposto). Na República Velha, Getúlio Vargas (matou-se em 1954), Jânio Quadros (renunciou), Fernando Collor de Mello (renunciou, mas o processo de *impeachment* prosseguiu e ele foi condenado a dupla pena por crime de responsabilidade). Recentemente, a ex-Presidente Dilma Rousseff também não completou seu mandato, tendo perdido o cargo em virtude de decisão política do Senado Federal que lhe retirou o cargo, mas não lhe retirou os direitos políticos, em virtude de uma manobra política arquitetada pelo PT, devidamente aprovada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2.6 O *impeachment* na Argentina

A Constituição da Argentina dispõe que o *impeachment* tem caráter político, origina-se de causas políticas, almeja resultados políticos, é instaurado em um contexto político e julgado de acordo com critérios políticos. Além da sanção política, o condenado por meio do processo de *impeachment* poderá responder a processo perante o Poder Judiciário.

Constitucionalistas argentinos lecionam que o objetivo do *impeachment* é separar a autoridade do cargo por ele ocupado, independente de considerações de ordem criminal. O juízo político tem por objetivo a proteção dos interesses públicos envolvidos contra eventual ofensa cometida por abuso de poder oficial, negligência ou conduta inadequada para o cargo ocupado no governo, ficando excluída a possibilidade de punição criminal do acusado.

O modelo de *impeachment* adotado pela Argentina se compara com o americano por ter natureza eminentemente política, ou seja, não está atrelado à existência de causas jurídicas como ocorre no Brasil, cujo modelo constitucional está ligado à existência dos crimes de responsabilidade previstos em lei especial.

2.7 O *impeachment* na Venezuela

A Constituição venezuelana de 1961 não segue o modelo americano bicameral para o processamento do *impeachment*, no qual a Câmara dos Deputados concede autorização para a abertura do processo e o Senado realiza a instrução e julgamento de mérito.

A Carta política venezuelana reclama a necessidade de deliberação prévia da Corte Suprema de Justiça acerca da existência ou não de fundamento jurídico para a abertura do processo. Caso esta Corte reconheça que há fundamento legal, o processo segue para o Senado para que este delibere autorizando ou não o seguimento, com a autorização política.

Após a autorização da Câmara Alta, cabe à Corte Suprema proceder ao julgamento do Presidente, que fica a partir deste momento afastado do cargo até decisão definitiva de mérito. Para a aprovação do processo tanto na Corte quanto no Senado, é necessário um quórum de

maioria absoluta dos seus membros, conforme artigos 150, 8 e 215, 1 da Constituição daquele país.

O *impeachment* de Fernando Collor no Brasil em 1992 serviu de inspiração para que a Venezuela decretasse o impedimento de Carlos Andrés Pèrez, no ano de 1993, o qual se encontrava no exercício do segundo mandato presidencial. O Presidente deposto foi acusado pelo Fiscal Geral da Venezuela, Ramón Escobar Salom, do cometimento de crime de peculato e de malversação das finanças públicas.

A Corte admitiu a acusação com nove votos favoráveis e seis abstenções, tendo o processo seguido para o Senado o qual autorizou a abertura do processo e a suspensão do ex-Presidente do cargo. Com a conclusão do processo o Presidente foi condenado à pena política de perda do cargo, além da pena criminal de dois anos e quatro meses de prisão pelos crimes cometidos.

Após tomar posse em Fevereiro de 1989, Perèz anunciou um pacote de reforma econômica conhecido a “Grande Virada”. Este programa focou na liberação da taxa de juros e preços e deu um início a um aumento acentuado na inflação.

Em virtude dessas decisões, houve um grande descontentamento popular decorrente da escassez de produtos de cesta básica.

Foi realizada uma greve geral seguida de vários protestos que questionavam o governo democrático do então Presidente. A ação repressiva das forças de segurança do país provocaram mais de 300 mortes, com violação de direitos humanos.

Como no caso de Fernando Collor, a mídia teve um imenso protagonismo divulgando os escândalos políticos e de corrupção. Em agosto de 1990, cerca de 25 celebridades, lideradas pelo escritor laureado Arturo Uslar Pietri, exigiram transformações profundas no sistema eleitoral, nos partidos políticos e no Poder Judiciário.

Esse grupo foi classificado pela imprensa venezuelana de “notáveis”. Apesar dos esforços feitos pelo governo para a realização de um “pacto para a reforma”, os referidos intelectuais alegaram que esse pacto não foi cumprido.

Outro fato que contribuiu para o descrédito político de Perèz foi a perda das eleições internas do seu próprio partido. Aliado à perda de apoio político, crise econômica e moral, houve a tentativa de golpe de estado, realizada por Hugo Chávez. Outras tentativas de golpe de estado também fracassaram. Com a persistência da crise política, “os notáveis” fizeram

campanha para que Perèz renunciasse, mas este não renunciou preferindo prosseguir no governo frágil e impopular.

A corrupção sistêmica, crise econômica e falta de governabilidade de Perèz, produziram a destituição do segundo Presidente eleito democraticamente na América Latina.

2.8 O *impeachment* na Colômbia

O reformista e líder sindical do partido democrata Ernesto Samper venceu as eleições de 1994, derrotando o candidato conservador Andrés Pestrana. Durante a campanha presidencial propôs reduzir o ritmo das reformas econômicas impostas pelo seu antecessor e co-partidário, César Gaviria.

Após a vitória de Samper a imprensa divulgou um diálogo de telefone no qual um dos líderes do cartel de drogas de Cali sugeriu que tinha contribuído com cerca de 3.5 milhões de dólares para a campanha política do candidato vencedor. Algum tempo depois surgiu outro escândalo ligando o tesoureiro de Samper, Santiago Medina, à mesma organização criminosa.

Em abril de 1995, o Procurador-Geral Alfonso Valdivieso abriu uma investigação conhecida como “Processo 800”, em virtude do seu número de páginas, sobre a infiltração de narco-financiamento nas campanhas políticas. Em 26 de junho, Santiago Medina foi preso e confessou que tinha recebido contribuições da campanha dos “barões da droga colombiana”. Samper defendeu-se em cadeia nacional dizendo que não tinha conhecimento da utilização de “dinheiro sujo” em sua campanha política para as eleições de 1994. Para ratificar a sua tese, pediu que o Comitê de Investigação e Acusações da Casa de Representantes abrisse uma rigorosa investigação sobre as graves acusações lhes foram imputadas.

As denúncias continuaram a exercer pressão sobre o governo de tal forma que o Ministro da Defesa, Fernando Botero, renunciou ao cargo após ter servido como gerente da campanha presidencial. Logo em seguida foi preso e processado. Mas a prisão de Botero não arrefeceu os ânimos e líderes políticos e jornalistas continuaram a pressão, militando em favor de uma investigação acerca da responsabilidade do Presidente Samper na condução da campanha política.

Após larga investigação dos fatos relativos ao recebimento de dinheiro do cartel de drogas, o Comitê do Congresso apresentou um relatório afirmando que as provas apresentadas por Santiago Medina não podiam demonstrar o envolvimento direto do Presidente nos eventos da campanha.

Ato contínuo a investigação foi encerrada. Todavia, os problemas envolvendo o Presidente continuaram. Da prisão, Fernando Botero deu uma entrevista afirmando que Samper tinha conhecimento da utilização dos recursos ilegais na sua campanha.

O Presidente convocou sessões extraordinárias a fim de reabrir as investigações, e os liberais alegaram que o país estava passando por uma crise de governabilidade decorrente da determinação da oposição de incriminar o Chefe do Executivo.

Como alternativa para a crise, o Presidente propôs a realização de um *referendum*, um governo de unidade nacional, ou a realização de eleições presidenciais com antecedência. Entretanto, os opositoristas rejeitaram qualquer forma de consenso político ou de solução que não estivesse expressamente prevista na Constituição de 1991.

No entanto, o Presidente conseguiu apoio no Parlamento, conseguindo ser inocentado das acusações, tendo a Casa dos Representantes decidido, através de uma vantajosa votação de 111-43 votos favoráveis, inocentar o acusado, mantendo-o no cargo. Desta forma a possibilidade de *impeachment* foi rejeitada, e Samper pôde cumprir o seu mandato integralmente.

O grupo de Samper encontrava-se no primeiro grupo, ou seja, o que desejava um país com mais justiça social. O segundo grupo se identificava mais com as políticas neoliberais, desprezavam partidos tradicionais como clientelistas e corruptos, e entendia a política puramente como uma questão de manutenção de privilégios das classes dominantes.

Este grupo que representava a política tradicional e conservadora da elite colombiana tinha apoiado Cesar Gavaria e a reforma constitucional de 1991, o qual via no Presidente eleito um obstáculo à consolidação das ideias neoliberais.

A tentativa do *impeachment* de Samper falhou devido a falta de provas de que ele tivesse sido beneficiado pelo Cartel de Cali na campanha eleitoral. Tal fato impediu que houvesse mobilização popular contra o Partido Liberal do Presidente eleito, e, sem clamor público, não há pedido de impedimento que possa prosperar.

2.9 O *impeachment* no Equador

Após a absolvição do candidato colombiano Ernesto Samper, o país vizinho elegeu o líder do Partido Roldosista Equatoriano – PRE. Abdala Bucaran foi eleito em 1996 para o cargo de Presidente da República.

Assim que foi empossado na Chefia do Executivo Bucaran transferiu seu estilo de campanha agitado para a administração, viajando entre as cidades do Equador, realizando reuniões de governo por onde passava. Muitos o acusavam de ser um animador de mídia e outros o viam como um grande estadista, ora era um defensor das reformas neoliberais, ora um defensor das causas populares.

Logo após ter assumido o cargo de Presidente, começaram a aparecer problemas que não foram resolvidos em virtude da falta de apoio legislativo, pois o seu partido houvera conquistado somente 23% dos assentos no Congresso unicameral. Associada à baixa representação parlamentar, a administração não foi capaz de fazer os acordos políticos necessários para manter a governabilidade; antes, demonstrou inclinação para as dissensões políticas.

Dentro de um ambiente hostil, explodiram denúncias de corrupções, abuso de poder e rudeza política que comprometeu a imagem do Presidente, de sua família e do alto escalão do governo. Ao invés de juntar os adversários políticos Bucaran preferiu espalhá-los.

A incapacidade de anunciar as reformas econômicas fez com que eclodissem protestos de sindicatos e de segmentos indígenas que vetaram o programa de “convertibilidade” do governo.

O estilo pessoal do Presidente produziu muitas críticas na imprensa. Em programas de televisão fazia depilação do seu bigode em troca de recursos para obras de caridade, chamava o ex-Presidente de “burro” e zombava de adversários. Os seus defensores alegavam que muitas das críticas dirigidas a Bucaran eram provenientes das elites insatisfeitas contra um governo que sabia lidar com as massas populares.

Além das críticas ao estilo pessoal não muito “ortodoxo”, havia a teimosia do Presidente nomear para cargos públicos relevantes pessoas que se encontravam envolvidos em graves escândalos e estavam sendo investigados pela legislatura.

A corrupção tornou-se endêmica no governo de Bucaran, sendo revelado que havia a exigência de imposto para o partido, cobrado de empresários. No âmbito administrativo não havia resultado positivo.

A economia encontrava-se em frangalhos, com uma grande dívida externa, fato que fez a aprovação do Presidente despencar para índices muito baixos, fomentando o aparecimento de protestos populares.

A Frente Patriótica composta de sindicatos e movimentos sociais convocou uma greve geral para o mês de fevereiro de 1997, e políticos tradicionais começaram a pedir a renúncia do Presidente. As manifestações populares tomaram conta do governo e da oposição e as forças políticas do Presidente foram minadas quando milhões de pessoas foram às ruas pedindo a sua deposição.

O Congresso se reuniu para votar a remoção do Presidente do cargo, preferindo declará-lo mentalmente incapacitado, a fim de não correr o risco de não obter o quórum qualificado exigida para um processo de *impeachment* normal. Em seu lugar assumiu um Presidente interino.

Depois da deposição de Bucaran, a remoção de presidentes eleitos se tornou uma doença crônica da política equatoriana. Jamil Mahuad foi eleito Presidente em 1998, sendo deposto no ano 2000 pela ação combinada de uma revolta militar liderada pelo Coronel Lúcio Gutierrez que se candidatou e venceu as eleições presidenciais de 2002, somente para confrontar protestos.

Mais uma vez os movimentos populares forçaram a retirada de Gutierrez da Presidência, o qual abandonou o país.

Assim, o Equador viveu um período de grave instabilidade política com a deposição de vários Presidentes eleitos, que tiveram seus mandatos abreviados pelo Congresso ou pelos militares.

2.10 O *impeachment* no Paraguai

A Constituição do Paraguai de 1992 tem uma tipologia aberta para definir os fatos ensejadores do processo de *impeachment*: “(...) só poderão ser submetidos a juízo político por mau desempenho de suas funções, por delitos cometidos no exercício de seus cargos ou por delitos comuns”.

A referida Carta Política possibilita a destituição do Presidente por quaisquer fatos que possam ser classificados como “mau desempenho de suas funções”, o que deixa ao arbítrio do Legislativo fazer uma interpretação abrangente da expressão, o que é pouco usual em relação aos processos de *impeachment* previstos nos sistemas presidencialistas.

O procedimento tem início na Câmara dos Deputados e depois se encerra no Senado, com o julgamento do mérito do processo, que poderá levar exclusivamente à perda do cargo, não sendo previsto pena de inabilitação para o exercício de função pública como ocorre no Brasil.

O quórum necessário para a destituição do Presidente é de 2/3 dos votos das duas Casas Legislativas, mas a Constituição paraguaia não estabelece um rito específico, nem prazos processuais, muito embora os artigos 16 e 17, 7 e 8 da Carta façam referência às garantias da ampla defesa e do contraditório como aplicáveis em qualquer juízo, inclusive o político.

No ano de 2012 o Parlamento paraguaio protagonizou a realização de um processo de *impeachment* do ex- Presidente Fernando Lugo. O ex-bispo foi eleito através de uma coalizão política que envolvia partidos de direita e de esquerda que não demorou muito tempo para se esfacelar, em face da perda de confiança de seus apoiadores políticos. As práticas pouco ortodoxas do Presidente fez com que não conseguisse negociar com seus aliados um programa governamental de consenso mínimo.

Lugo era sustentado politicamente pelo Partido Liberal Radical Autêntico que ao longo do governo não lhe devotou apoio fiel, sempre ameaçando-o de ingressar com o pedido de *impeachment*. Os escândalos da vida pessoal do ex-religioso, notadamente o aparecimento de filhos com várias mulheres, arruinaram a carreira política do ex-Presidente.

O processo de *impeachment* de Lugo foi fulminante. O estopim da crise política ocorreu em 15.06.2012, com o surgimento de conflitos agrários que redundaram na “Matança de Curuguaty”, onde morreram 11 trabalhadores rurais sem-terra e 7 policiais.

A tragédia foi um dos fundamentos para a acusação constitucional de “mal desempenho de suas funções”. Os adversários políticos enxergaram no episódio, o pretexto para formalizar o pedido de destituição do cargo de Presidente, o que foi feito, sem o devido aprofundamento de investigações para as atribuições de responsabilidades.

A Câmara dos Deputados, dois dias após o recebimento da denúncia contendo os fatos que ensejaram o pedido de impedimento, promoveu sessão para o dia 21 de junho de 2012, tendo deliberado pelo recebimento de abertura do processo, com 76 votos favoráveis e apenas 1 contrário.

Em seguida o Senado estabeleceu os prazos e o rito sumário do *impeachment*, determinando a apresentação da defesa até o dia seguinte, 22 de junho. O denunciado apresentou a contestação no mesmo dia, refutando não só os fatos articulados na inicial do pedido de *impeachment*, mas também o próprio rito sumário estabelecido pela “Câmara Alta”. Naquele mesmo dia, o Senado realizou o processo e julgamento do acusado, condenando-o à perda do cargo, por 39 votos favoráveis, 4 contrários e duas abstenções. Logo em seguida deu posse ao então Vice-Presidente Federico Franco.

O processo de *impeachment* paraguaio que depôs Lugo não pode ser considerado um processo legítimo e muito menos democrático, eis que não foram observadas as regras do devido processo legal. Ademais, não havia um rito previamente estabelecido para o processamento do pedido, fato que obrigou o Senado a criar, às pressas, um novo rito, sem que tivesse havido o necessário debate parlamentar nas duas Casas Legislativas.

Ademais, o princípio da ampla defesa foi aniquilado, visto que o Presidente foi citado, e, no mesmo dia da citação, teve que apresentar a defesa, sem tempo para que seus advogados pudessem elaborar um documento bem redigido que esquadrinhasse os pormenores do caso concreto, máxime se considerando as nuances que envolvia o cenário político.

Portanto, este caso de *impeachment* paraguaio não passou de uma fraude que completa o quadro de *impeachment* da América Latina.

2.11 O *impeachment* em outros países

Na Polônia o processo político é conduzido por um “Tribunal do Estado”, presidido pelo Presidente da Suprema Corte, de forma que não há participação dos Deputados e Senadores.

Em muitos países há uma intervenção mais direta das Cortes, como é o caso da África do Sul, Áustria, Azerbaijão, Bielo-Rússia, Bósnia-Herzagóvina, Chile, Coréia do Sul, Croácia, Hungria, Macedônia, República Eslovaca. Na Bielo-Rússia, a Corte é quem conduz o processo de formação de culpa por violação da Constituição.

Na Chechênia, o Parlamento autoriza a instauração do processo perante a Corte Constitucional, todavia, a decisão final deverá ser submetida ao Parlamento.

Na Áustria, o Presidente poderá responder perante o Tribunal Constitucional por violação da Constituição Federal, podendo vir a perder o cargo. Na Turquia e na Bulgária a Corte Constitucional passa a funcionar como Alto Tribunal, composto por dezesseis juízes eleitos pelo Parlamento para um período de nove anos, composto por cidadãos, os quais deverão preencher as mesmas exigências para os juízes da Corte que continuam à frente do Presidente titular.

Na Geórgia, cabe à Corte Constitucional a confirmação da condenação do Presidente por violação à Constituição.

No Chile o Tribunal Constitucional pode vir a declarar a inconstitucionalidade da conduta presidencial, por provocação da Câmara dos Deputados ou de um quarto de seus membros, havendo a necessidade do acordo do Senado. Igualmente este Tribunal possui um papel consultivo sobre a inabilitação ou renúncia do Presidente a pedido formulado pelo Senado, o qual é competente para julgar o Presidente.

Na Rússia, a Corte Constitucional deve confirmar a regularidade do processo de *impeachment*.

Nas monarquias, alguns Chefes de Estado são irresponsáveis como ocorre na Espanha, Dinamarca e Noruega, Suécia e Japão.³²²

3. Natureza do processo de *impeachment*

O estudioso das ciências do espírito como a filosofia, a sociologia e o direito, depara-se com a questão de saber qual a natureza do objeto a ser investigado. Com o *impeachment* não é diferente. Devido à origem inglesa, muitos estudiosos do instituto em questão afirmam que ele tem natureza penal, posto que os seus criadores condenavam os que praticavam crimes de traição, suborno contra o Estado, com previsão de várias penas, desde a privação da liberdade até a pena capital.

No Brasil, alguns doutrinadores já defenderam a natureza criminal do *impeachment*; outros afirmam que ele tem natureza constitucional, visto que se constitui em atentados contra a Constituição. Há ainda quem diga que o *impeachment* tem natureza política e ainda natureza mista, ou seja, político-penal.

Entre os autores que sustentam a tese de que o *impeachment* tem natureza penal, destaca-se Pontes de Miranda, na obra denominada Comentários à Constituição de 1967. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³²³ e José Frederico Marques³²⁴ defendem uma posição intermediária ou natureza mista, (político-criminal), do instituto.

No direito brasileiro, o instituto do *impeachment* não tem natureza penal, e nem mista, visto que se encontra encartado no artigo 85 da Constituição Federal a qual prevê de modo expresso os crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Ademais, a Carta Política cominou uma sanção puramente política prevista no artigo 52, parágrafo único, a saber: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública pelo período de oito anos. Pelo que se pode inferir do comando constitucional não há pena de cunho criminal. O Presidente da República não sofrerá *impeachment* se cometer infração penal, mas se cometer as infrações traçadas pela Constituição da República.

³²² NOGUEIRA DA SILVA, Paulo N., cit., p.71.

³²³ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161.

³²⁴ MARQUES, José F. *Da competência em matéria penal*. São Paulo, 1953, p. 154.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal debateu a questão da natureza dos crimes de responsabilidade, oportunidade em que assentou a natureza constitucional do julgamento de tais condutas, que só são crimes na nomenclatura, mas têm natureza político-administrativa, conforme descrito pelo Ministro Néri da Silveira em julgamento proferido perante o Supremo Tribunal Federal.³²⁵

Grande parte da doutrina afirma que o instituto tem natureza política, isto porque o objetivo do *impeachment* é a destituição da autoridade culpada pela prática de atos atentatórios contra a Constituição.

O mais ardoroso defensor da teoria que enquadra o processo de *impeachment* como instituto de natureza política é o Ministro Paulo Brossard, para quem o processo é eminentemente político, tanto que dedica ao assunto, um capítulo inteiro de sua clássica obra *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. Nesse capítulo o autor cita que o instituto já teve natureza criminal e depois passou a ter natureza mista: “o instituto já foi considerado de natureza penal, encarado como medida política, indicado como providência administrativa, apontado como ato disciplinar, concebido como processo misto, quando não heteróclito; e, claro, como instituição *sui generis*”.³²⁶

Em outro ponto da obra mencionada, confirma seu ponto de vista de que o *impeachment* possui natureza política: “Entre nós, porém, como no direito norte-americano e argentino, o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos”.

A dificuldade na fixação da natureza do *impeachment* na apuração da responsabilidade do Presidente da República reside em vários motivos: a deficiência terminológica do Direito Constitucional; o emprego de vocábulos iguais para designar realidades diversas; o desordenado arrolamento de fatos históricos, precedentes parlamentares e escritos jurídicos, ocorridos e enunciados em épocas e países diferentes; as reminiscências do instrumento que foi criminal e que persistem em alguns pontos, apesar da mudança substancial nele operada; pela manutenção das formas e exterioridades do processo judicial; pela presença de fatos que apresentam simultaneamente traços típicos políticos e criminais.

³²⁵ “Não se cuidando, qual antes se anotou, de condenação criminal, no processo de impeachment, segundo o sistema da Constituição, mas de sanção de índole política, não há como pretender aplicar o instituto da revisão criminal à decisão do Senado Federal em processo de *impeachment*”. (Pet 1365-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 23.03.2001).

³²⁶ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 76.

A tese da natureza política do instituto também foi sustentada por Temístocles Brandão Cavalcanti o qual afirmou que o *impeachment* é um processo político que importa em redução da capacidade para o exercício de função política, e não de pena criminal, embora reconheça que a perda do cargo encontra-se entre as penas acessórias na categoria das penas criminais.³²⁷ Orozimbo Nonato corrobora a natureza política do *impeachment*: “trata-se, sem dúvida, de imposição de pena; mas pena de caráter político. Cuida-se do exercício de função punitiva, mas de conteúdo essencialmente político.”³²⁸ Da mesma forma, Carlos Maximiliano também ressalta a natureza política do instituto, destacando as suas consequências: “*impeachment* (impedimento) tem por fim impedir que o indivíduo continue no exercício do cargo, no qual está prejudicando o país. Portanto, não se instaura processo político, nem se prossegue no que foi iniciado, se o culpado abandona a posição oficial”.³²⁹

Modernamente, tem-se a posição de que o *impeachment* não possui a natureza exclusivamente política, mas político-jurídica.

Embora o instituto não possua natureza exclusivamente política, é comum encontrarmos autores que afirmam que o elemento político prevalece sobre o jurídico, pois os critérios da conveniência e da oportunidade têm grande peso.

Esse é o entendimento de Michel Temer que leciona ser possível a hipótese de as provas não serem definitivamente incriminadoras, mas existir uma situação de ingovernabilidade de tal monta que os parlamentares decidem pelo afastamento como forma de restaurar a governabilidade.³³⁰

A doutrina costuma indicar que decorrem do princípio republicano as regras de responsabilização do Presidente da República,³³¹ podendo-se afirmar que neste ponto reside a diferenciação entre os crimes de responsabilidade e os crimes comuns. Esse debate foi feito no âmbito do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se assentou a natureza cível do julgamento de crimes de responsabilidade:

Não se cuidando, qual antes se anotou, de condenação criminal, no processo de *impeachment*, segundo o sistema da Constituição, mas de sanção de índole política, não há como pretender aplicar o instituto da revisão criminal à decisão do Senado Federal, em processo de *impeachment*.³³²

³²⁷ CAVALCANTI, Temístocles B. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 274.

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 338.

³²⁹ MAXIMILIANO, Carlos, *cit.*, p. 258.

³³⁰ TEMER, Michel. *Constituição e política*, p. 39.

³³¹ PINTO, Paulo. B. de S, *cit.*, p. 43.

³³² Pet 1365-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 23.03.2001.

Portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui posta sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de *impeachment* é jurídico-política, passível de controle judicial apenas, e tão-somente, para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Ademais, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício do poder.

4. Consequências da natureza político-jurídica do processo de *impeachment*

A natureza do *impeachment* no Brasil é político-jurídica, pois se encontra vinculado à prática de crimes de responsabilidade previstos expressamente na vigente Constituição da República.

No entanto, a natureza política do instituto é forte, porque busca alcançar objetivos políticos, qual seja, retirar do poder o elemento que cometa atentado contra a Constituição. José Cretella revela a importância da natureza política do *impeachment*, ressaltando que ele é “instaurado sob considerações de ordem política e também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa (...)”. Afirma ainda que “não deve ser esquecida, no entanto, uma faceta administrativa do instituto, já que funciona como defesa da pessoa jurídica de Direito Público político contra o *improbis administrator*”.³³³

A história mostra que as discussões jurídicas são importantes em um processo de *impeachment*, mas as razões políticas são as decisivas para a remoção de um Presidente. Apesar de ser estruturado como um julgamento que se fundamenta em previsões legais, o *impeachment* do começo ao fim é um processo político, diz o cientista político Jody C. Baumgartner.³³⁴

³³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *1.000 perguntas e respostas de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1999, p. 106.

³³⁴ EVELIN, Guilherme. É política estúpido. *Época. Especial impeachment*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 931, p. 60, abr. 2016.

Será decidido perante membros de uma corporação política a qual não possui neutralidade, visto que é dominada pelas paixões típicas desse universo. Acerca desse aspecto profundamente político do *impeachment* o Presidente Gerald Ford, que substituiu Richard Nixon na Casa Branca, após a sua renúncia no escândalo do *Watergate*, afirmou que: “uma ofensa digna de *impeachment* é aquela que dois terços da Câmara dos Representantes concordam que seja em determinado momento da história”.³³⁵

O fundamento político do *impeachment* foi muito bem descrito por Hamilton, James e Jay, na obra “O Federalista”, sob o argumento de que as malversações dos homens do poder, seus abusos ou violação da confiança pública, atacam diretamente a sociedade.³³⁶ Madison foi constituinte, secretário de Estado e Presidente da República, ao discutir o projeto de criação do Departamento de Negócios Estrangeiros, conferiu ao *impeachment* caráter totalmente político. A posição doutrinária dominante entre os convencionais americanos da Filadélfia quando apresentaram as razões por que fizeram do Senado o Tribunal responsável pelo julgamento do Presidente da República, era a de que o *impeachment* tem natureza eminentemente política.

O autor realça que o julgamento do *impeachment* é dominado por animosidades, parcialidades, influências e interesses que vão determinar a decisão, de modo que esta não é exatamente o resultado da análise imparcial das provas, e, ainda, demonstra que os membros do Senado são contaminados por interesses partidários, fato que serve para corroborar a tese de que o processo de *impeachment* é político.

O cientista político William B. Perkins, citado por Época, ressalta o caráter político do *impeachment* nos Estados Unidos, afirmando que no seu país, as questões legais pesam bem menos do que as rivalidades partidárias. “Há uma clara conexão entre o *impeachment* e o fato de que diferentes partidos estão no controle do Congresso e da Presidência”.³³⁷

³³⁵ EVELIN, Guilherme. É política estúpido. Época. *Especial impeachment*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 931, p. 61, abr. 2016.

³³⁶ Em um governo inteiramente eletivo, não é menos difícil que importante organizar o tribunal a que deve ser atribuído o juízo em caso de *impeachment*; isto é, as malversações dos homens do poder, ou, por outras palavras, o abuso ou violação da confiança pública. Como todos estes delitos atacam diretamente a sociedade mesma, são, pela sua natureza, daqueles que com mais propriedade podem ser chamados políticos; e, por esse motivo, as causas dessa ordem não podem deixar de agitar as paixões da sociedade inteira e de dividi-la em partidos mais ou menos favoráveis ou mais ou menos inimigos do acusado. Muitas vezes facções preexistentes, em conexão com o objeto de que se tratar, hão de pôr em jogo, de um e outro lado, todas as suas animosidades, parcialidades, influência e interesse e em tais casos é sempre de temer que a sentença seja antes determinada pela comparação das forças relativas dos partidos rivais, que por provas reais de inocência ou do crime. HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John, cit., p. 394.

³³⁷ EVELIN, Guilherme. É política estúpido. Época: *Especial impeachment*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 931, p. 62, abr. 2016.

Perkins ainda ressalta a tranquilidade fornecida pelo apoio político do Congresso ao Presidente da República: “Se um mesmo partido controla a Presidência e o Congresso, ao presidente é quase dado um passe livre para reinar”.³³⁸

Quando o partido político que elegeu o Presidente da República tem o apoio do Congresso pode até infringir a lei, porque é improvável que seus aliados no Parlamento o acusem de “altos crimes e faltas graves”, deflagrando processo de *impeachment*. Entretanto, quando o governo não tem aliança política com os membros do Congresso Nacional deve se preocupar em não descumprir as leis, bem como não entrar em conflito com os parlamentares. Perkins sustenta que: “um presidente que confronta muito o Congresso corre risco sério de sofrer *impeachment*”.³³⁹ Afirma, ainda, que nos Estados Unidos da América, o *impeachment* pode eclodir sempre que houver uma confluência de mudanças na correlação de forças dos partidos trazidas pelas eleições, as diferenças políticas e as animosidades pessoais”.³⁴⁰

A clássica obra de Paulo Brossard, já citada neste trabalho, também sustenta que o *impeachment* tem natureza política. Essa opinião é compartilhada por Tocqueville: “o julgamento político é um ato administrativo ao qual se deu a solenidade de sentença”.³⁴¹

O entendimento americano de que o *impeachment* tem natureza exclusivamente política não é mais adotado pela jurisprudência nem pela doutrina brasileira. Com o passar dos anos, o entendimento majoritário mudou de lado, e o Supremo Tribunal Federal, seguindo voto da lavra do Ministro Carlos Velloso, assentou que a responsabilidade é político-jurídica.³⁴²

Miguel Reale entende que o *impeachment* é um instituto jurídico-político, sendo esta posição a que melhor atende à sua finalidade: “se é ele judicial quanto à intencionalidade de

³³⁸ EVELIN, Guilherme. É política estúpido. Época. *Especial impeachment*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 931, p. 61, abr. 2016.

³³⁹ Idem, *ibidem*. p. 62.

³⁴⁰ Idem, *ibidem*. p. 62.

³⁴¹ “Quando um tribunal político, francês ou inglês, considera passível de aplicação da justiça um funcionário público, e quando pronuncia contra ele uma condenação, tira-lhe nesse mesmo julgamento as suas funções e pode declará-lo indigno de ocupar qualquer delas no futuro; mas aqui a destituição e a interdição política são uma consequência da decisão, e não a decisão em si mesma. Na Europa, o julgamento político é, pois, mais um ato judiciário que uma medida administrativa”. TOCQUEVILLE, Aléxis, cit., p. 86.

³⁴² “O pensamento majoritário mudou, então de lado e o Supremo Tribunal não destoou: ‘doutrina e jurisprudência brasileiras, (diferentemente da norte-americana), não reconhecem no *impeachment* natureza puramente política’ acentuara o Ministro Carlos Velloso”. SAMPAIO, José A. L., cit., p. 539-540.

obedecer-se a critérios de certeza e garantia no procedimento e na decisão, nunca deixa de ser um ato político pela fonte de que emana o julgamento”.³⁴³

Para se deflagrar um processo de *impeachment*, urge observar o cometimento de uma das hipóteses de crimes de responsabilidade expressamente previstas na Constituição e na Lei nº 1.079/50.

José Adércio Sampaio leciona que o julgamento nos processos de impedimento é político-jurídico, pois não pode ocorrer fora do marco legal, de maneira que não poderá haver procedência da denúncia se as provas colhidas indicarem a inocência do acusado ou se o ato praticado não configurar crime de responsabilidade ou, enfim, aplicar pena fora dos limites cominados ao crime de responsabilidade.³⁴⁴

O processo de *impeachment* não sobrevive se utilizado por mero “espírito de emulação” ou para questionar as opções político-ideológicas do Presidente da República, se mais à esquerda ou à direita, ele necessita se amoldar à previsão jurídica descrita pelo artigo 85 e incisos da Carta Política de 1988. *Mutatis mutandis*, fato político despido da gravidade exigida pela Constituição não tem o condão de afastar um Presidente da República devidamente legitimado pelas urnas.

O *impeachment* é essencialmente político quanto à finalidade, todavia, quanto à forma tem natureza jurídica, pois deverá ser processado e julgado de acordo com um procedimento judiciário, com a observância de todas as regras do devido processo legal, com os recursos inerentes à ampla defesa.

Sobre a natureza do *impeachment*, Lima Vieira, ao analisar o julgamento do *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, leciona que neste tipo de processo, conjugam-se valores políticos e jurídicos. “Esses valores são pesados em face da hipótese legal arguida e a prova dos autos. Não há e nem pode haver o domínio exclusivo do fator político. O jurídico se insinua inexoravelmente”.³⁴⁵

³⁴³REALE, Miguel. *Impeachment*. In: BARROSO, Luís R. (Org.). *Direito Constitucional: organização dos poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 545.

³⁴⁴SAMPAIO, José A. L., cit., p. 536.

³⁴⁵VIEIRA, A. C. de L. Sobre o “*impeachment*” na Câmara dos Deputados. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 685, ano 81, p. 403-407, nov. 1992.

Mesmo entre os constitucionalistas mais jovens, como Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, prevalece o entendimento de que o *impeachment* possui uma natureza híbrida, quer dizer, jurídico-político.³⁴⁶

Este também é o entendimento da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha que leciona que o objetivo do processo de *impeachment* é político, sua institucionalização constitucional, seu processamento jurídico, mas não penal. O Senado Federal é árbitro político, mas submete-se aos parâmetros constitucionalmente definidos e legalmente fixados.³⁴⁷

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a natureza do processo de *impeachment* é político-jurídica, passível de controle judicial apenas e tão somente, para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal.

Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício do poder. Esta especificidade ficou assentada no julgamento do Mandado de Segurança relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence que ressaltou que apesar de o Brasil ter seguido o modelo americano de *impeachment*, possui certas características que o distinguem deste: “(...) No ponto, o *impeachment* brasileiro assume feições diferente do *impeachment* americano: aqui, ao contrário do *impeachment* americano, lei ordinária definirá os crimes de responsabilidade, disciplinará a acusação e estabelecerá o processo e julgamento”.³⁴⁸

Portanto, o *impeachment* brasileiro está atrelado à prática dos crimes de responsabilidade, não tendo natureza exclusivamente política, mas político-jurídica. No entanto, não há que se desconsiderar a força do elemento político nos julgamentos deste jaez.

³⁴⁶ “Compreender o instituto como um híbrido jurídico e político que não se relaciona a bons/maus índices de popularidade do Chefe do Executivo mas que possui uma caracterização objetiva de violação a normas constitucionais/legais é fundamental”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, et alii. *O Impeachment e o Supremo Tribunal Federal. História e Teoria Constitucional Brasileira*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016. p. 13.

³⁴⁷ ROCHA, C. L. A. Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptibilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do Presidente renunciante. In: *OAB. A OAB e o impeachment*. Brasília: Tipogresso, 1993. p.156.

³⁴⁸ Min. Sepúlveda Pertence. Mandado de Segurança 21.623-DF.

5. Juízo de admissibilidade pré-processual por parte da Câmara dos Deputados

Qualquer cidadão pode representar à Câmara de Deputados por crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República. Antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, o processo de *impeachment* seguia rigorosamente o rito previsto no artigo 86 da Constituição Federal.

Com a mudança de entendimento e a criação de nova fase para o processo de impedimento do Presidente da República, a Câmara dos Deputados assume um papel de coadjuvante no processo político que visa destituí-lo do cargo.

A nova decisão da Corte Suprema destinou à Câmara dos Deputados um papel reduzido, qual seja, proferir apenas uma condição de procedibilidade da denúncia, possibilitando a abertura de processo no Senado Federal e não um juízo de pronúncia que produziria o afastamento automático do Presidente da República.

O novo rito estabelecido para a apuração dos crimes de responsabilidade cometidos pelo supremo mandatário da nação estabelece que cabe à Câmara dos Deputados um momento pré-processual, não instaurando imediatamente o processo, apenas concedendo uma “autorização” para tal, a cargo do Senado Federal.

No entanto, este juízo de procedibilidade permanece com um altíssimo quórum para a sua aprovação, os mesmos dois terços previstos pela Constituição da República. Pela nova interpretação do artigo 86, o Senado Federal fará novo exame de admissão da denúncia, através de um novo quórum, não previsto na vigente Carta Constitucional, qual seja, maioria simples dos membros da “Casa Alta”.

Essa nova função dada à Câmara dos Deputados assemelha-se a uma representação criminal, nos crimes de ação penal pública condicionada a uma mera condição de procedibilidade. Este juízo tem caráter político, discricionário, levando-se em conta a conveniência ou não do processo de impedimento do Presidente da República.

No julgamento do MS 21.564, o Ministro Carlos Velloso avaliou o papel político exercido pela Câmara dos Deputados, no processo de *impeachment*:³⁴⁹

Na Câmara, relembre-se, ocorrerá, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas.

Neste mesmo processo, o Ministro Celso de Mello ponderou:³⁵⁰

Do juízo positivo de admissibilidade da acusação popular, tão somente, a autorização parlamentar da Câmara dos Deputados, para o processo e julgamento do Chefe do Estado nas infrações de caráter político-administrativo.

A Constituição defere à Câmara dos Deputados, assim, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado, não importando a natureza do ilícito imputado ao Presidente da República, apenas a competência para proferir um julgamento sobre a processabilidade da acusação que lhe foi dirigida.

Permite-se, desse modo, que a instituição parlamentar, por uma de suas Casas, efetue controle de admissibilidade sobre as acusações oferecidas contra o Presidente da República, especialmente nos ilícitos de caráter político-administrativo.

Essa autorização, fundada no voto da maioria qualificada de 2/3 de todos os membros da Câmara Federal, configura típico requisito de procedibilidade, sem cuja ocorrência não se viabiliza a instauração, perante o Senado da República, do processo de *impeachment* contra o Chefe de Governo.

A presente questão será analisada com mais detalhes no quarto capítulo desta tese, oportunidade em que serão analisados os argumentos decorrentes da judicialização do “Caso Dilma”.

³⁴⁹ STF. Plenário. MS 21.564/DF. Rel.: Min. Octavio Gallotti. Red. Para acórdão: Min. Carlos Velloso. 23/9/1992, maioria. DJ, 27 ago. 1993.

³⁵⁰ Idem, ibidem.

6. O Senado Federal como Tribunal Político

O escopo do *impeachment* é a defesa da Constituição, visa protegê-la contra as pretensões de subversão da ordem constitucional cometidas pelo Presidente da República. Tais ofensas são de uma natureza que, com peculiar propriedade, poderia ser qualificada como política, eis que elas se referem principalmente às transgressões praticadas diretamente contra a própria sociedade, fazendo com que os agentes políticos relacionados no artigo 52, I e II do texto constitucional, sejam processados não por um Tribunal Judiciário, mas por um órgão especial, que no caso é o Senado Federal.

O fundamento teórico do julgamento perante uma das casas do Poder Legislativo é porque os legisladores seriam mais aptos à análise da imperícia do governante. Para um julgamento político deve haver um Tribunal Político.

A ideia de transformar o Senado num Tribunal Político provém dos “federalistas” americanos, conforme destaca José Afonso da Silva.³⁵¹

Foi Alexander Hamilton, federalista convicto, e um dos responsáveis pela aprovação da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que viu no Senado, um Tribunal assaz elevado em dignidade e independência, concebendo a ideia de transformar a “Câmara Alta” num alto Tribunal Político.³⁵²

Afirma-se que seria uma impropriedade o julgamento das ações da política por um Tribunal comum, e que os magistrados, em regra, não são afeitos ao mundo da política, aos negócios do governo; portanto, carecedores de aptidão para apreciar a boa ou má execução dos atos que terão de julgar.³⁵³

³⁵¹ “Esse Tribunal especial tem sua fonte histórica na Constituição dos Estados Unidos, quando, na sua elaboração, se debateu muito sobre a formação de uma corte adequada para julgar o Presidente da República, pois, como nota Hamilton, não era fácil conseguir um tribunal adequado em um governo totalmente eletivo. ‘Os assuntos de sua jurisdição são aquelas ofensas resultantes de conduta irregular de homens públicos ou, em outras palavras, do abuso ou violação de confiança neles depositada’. SILVA, José A. da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 423.

³⁵² “E onde, senão no Senado, se poderia encontrar um tribunal assaz elevado em dignidade ou assaz independente? Que outro corpo teria assaz confiança nas suas próprias forças para conservar ilibada a imparcialidade necessária entre o indivíduo acusado e os representantes do povo, seus acusadores? Seria o Supremo tribunal de justiça? HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John, cit., p. 395.

³⁵³ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 140.

Outro argumento em favor de um Tribunal Político é que a pena a ser aplicada não tem caráter criminal, mas político, qual seja, a destituição do cargo do elemento deletério à função pública. Sustenta-se que em favor de um Tribunal Político, devem ser levadas em consideração as consequências decorrentes do julgamento de um processo de impedimento que têm alcance nacional e internacional.

Como um julgamento político, tem critérios que são diferentes do julgamento jurídico, baseados na legalidade estrita.

O julgamento político é mais amplo, além da análise de aspectos jurídicos, são levados em conta critérios de conveniência e oportunidade na decretação do impedimento de um governante.

Governar implica eleger prioridades, adotar um plano de governo, tomar decisões, posto que todo cargo de autoridade implica no exercício de grande parcela de poder. Carl Schmitt afirma que o poder é, por natureza, “decisão”, isto é, discricionariedade, parcialidade, particularismo, exceção.³⁵⁴

Decidir politicamente significa assumir riscos penais, administrativos e cívicos. As decisões políticas implicam atos de impopularidade, rejeições, traições, bajulações, jogos de interesses que são próprios do universo da política. Esses interesses inconfessáveis requerem que o julgamento político do governante seja produzido pelos seus pares.

O acerto da autoridade pública pode levá-la a habitar no panteão dos grandes homens que se imortalizaram na política como Abraham Lincoln, Thomas Jefferson, George Washington, Winston Churchill, Napoleão Bonaparte, ou levá-la ao esgoto da história como Adolf Hitler e muitos outros ditadores.

A Câmara dos Deputados ao aceitar a acusação, e o Senado ao proferir o julgamento do crime político, podem agir com mais discricionariedade do que uma Corte judicial, ainda que esta seja formada pelos mais capacitados magistrados, ou, pelo “super juiz” Hércules,

³⁵⁴Para Carl Schmitt, a ideia de poder político pode ser juridicizado, ou seja, exercido segundo as regras gerais e neutras do direito, é uma ilusão normativa (kelseniana), porque o poder é, por natureza, “decisão”, isto é, discricionariedade, parcialidade, particularismo, exceção. Decidir politicamente não significa regras: significa criá-las *ex novo*, e nisto está precisamente a função positiva, específica do poder político. Assim, os teóricos do direito julgam necessária a força do direito positivo para conter as arbitrariedades usualmente exercidas pelos detentores do poder político. É necessário que os poderes do Estado estejam vinculados às regras do direito. Todos devem obedecer à lei, inclusive os que detêm o poder, seja executivo, legislativo ou judiciário. Tal obediência significa menos discricionariedade, maior transparência e visibilidade e, por conseguinte, maior controlabilidade por parte dos cidadãos das ações governamentais. Tal limitação também reduz o arbítrio e fomenta a garantia dos direitos subjetivos. COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. (org), cit., p. 35.

criado por Dworkin, dotado de uma prudência sobrenatural, ainda assim, não estaria apto para realizar o julgamento político.

O julgamento é político porque cada Poder analisa os fatos sob enfoques diferentes. O peso da responsabilidade política tem que ser auferido na casa das representantes da política.

O Senado Federal exercerá a função jurisdicional de forma excepcional, visto que compõe o Poder Legislativo, que tem a função precípua de elaborar leis e fiscalizar.³⁵⁵

O processo de *impeachment* não exclui a responsabilidade criminal que será apurada perante o Poder Judiciário. As responsabilidades são diferentes, a primeira, como fora dito, só alveja o cargo; a segunda alveja o indivíduo e suas transgressões criminais.

O julgamento perante o Senado será conduzido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para evitar que o Presidente da Casa, movido por interesses pouco honestos ou por facções e partidarismos, não o conduza com a imparcialidade que deve ter aquele que se coloca na função de juiz.

Ademais, há a possibilidade de que o Presidente do Senado tenha um escuso interesse na condenação do Presidente da República por se encontrar na sua linha sucessória.

Além da questão de eventual interesse no afastamento do Presidente da República, nem sempre o Presidente do Senado tem a formação jurídica para a condução de um processo que possui além da imensa envergadura política, questões jurídicas que só devem ser eliminadas por quem tenha amplo conhecimento jurídico, reputação ilibada e uma larga experiência na tomada de decisões judiciais.

Poderá, ainda, utilizar a experiência que os anos de magistratura lhe concederam para agir como árbitro de paixões imoderadas, decidindo com sabedoria e serenidade as questões jurídicas que lhe são postas, conduzindo o julgamento, já que da decisão que afasta a autoridade do cargo ou que determina o arquivamento do processo político, não caberá recurso.

³⁵⁵Para José Cretella Júnior, o Senado Federal quando julga os crimes de responsabilidade desenvolve uma atividade excepcional: (...) exercer a função material de proferir julgamento, prolatando sentença de força jurisdicional, processando e julgando casos em que se encontram, na posição de réus, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, sempre que se trate de crime de responsabilidade, não de crime comum. CRETELLA JÚNIOR, José. *1.000 perguntas e respostas de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1999.

A pena que o Senado aplica consiste na destituição do Presidente da República do cargo e sua desqualificação temporária para exercer função pública a qual é decorrente do poder disciplinar constitucional. Em decorrência da opção pelo Estado Federal, o *impeachment* existe não só perante as autoridades do governo da União, mas também dos Estados e dos Municípios, sendo observadas as regras de competência para o processo e julgamento de cada um destes entes públicos.

Urge destacar a importância que tem o Senado no julgamento deste quilate, porque dará a palavra final, podendo afastar do governo um Presidente da República legitimamente eleito pelo povo. Por isso deve proceder com toda a responsabilidade, conciliando os interesses políticos que envolvem um processo dessa natureza, com o fiel cumprimento de todas as normas constitucionais e leis ordinárias.

O Senado Federal exerce a competência de Tribunal Político de maneira atípica, visto que esta não é a sua função precípua estabelecida pela tripartição de poderes acolhida pela nossa Constituição, pois somente ela pode abrir exceção às suas próprias funções típicas, a fim de que possa julgar as altas autoridades da República.

A competência privativa delegada ao Senado Federal, pela Constituição Federal vigente, para julgar e processar os Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II), nos crimes de responsabilidade, permanece inalterada desde a Carta Política de 1946.

7. Os crimes de responsabilidade do Presidente da República

O princípio democrático aceito pela maioria dos Estados modernos conduz, inexoravelmente, à responsabilidade política dos governantes, sendo responsável perante o povo, dono originário do poder em toda a sua grandeza.

A criação da responsabilização dos agentes públicos, assim como o *impeachment*, surgiu na Inglaterra, projetando-se no século XIV, dentro da ideia de responsabilidade penal das altas autoridades públicas, perante o Parlamento; porém, foi nos Estados Unidos da

América que o instituto foi apurado, firmando-o na ideia de *res publica* e da pujante democracia desenvolvida naquele país.³⁵⁶

Esta verdade bem lembrada na obra de Canotilho é representada na seguinte assertiva: “É conhecida a formulação de Lincoln quanto à ‘essência’ da democracia: governo do povo, pelo povo e para o povo”.³⁵⁷ Portanto, os agentes públicos respondem perante a Casa do Povo - Câmara dos Deputados - e também perante o representante dos Estados - Senado Federal - pelas faltas políticas cometidas.

No presidencialismo, o próprio Presidente da República é responsável por atos que atentem contra preceitos estabelecidos na Carta Política, ficando sujeito a sanções definidas como crimes de responsabilidade.³⁵⁸

O cargo de Presidente da República é uma nobre e importante função, todavia, tem atrelado a si uma imensa responsabilidade, de modo que o supremo mandatário da nação não pode exercê-lo de qualquer forma.

O direito regula muitas de suas funções, pois a experiência histórica demonstra que o poder absoluto e irresponsável leva à tirania e ao despotismo.

Na cerimônia de posse, o Presidente eleito jura em sessão solene do Congresso Nacional que irá cumprir a Constituição e as leis da República, fazendo isso, reconhece que se encontra sob o pálio do Estado de Direito, ou, melhor dizendo, Estado Constitucional Democrático de Direito.³⁵⁹

³⁵⁶MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública-corrupção-ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 242-243.

³⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G., cit., p. 287.

³⁵⁸ Certo é que o Presidente é dotado de imunidade formal. Seja em relação ao processo seja em relação à prisão. Em relação ao processo, há necessidade de autorização por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados para ser processado tanto por crime de responsabilidade quanto por crime comum. Em relação à prisão: conforme o art. 86, § 3º, da CR/88, o mesmo só será preso após sentença penal condenatória. Além disso, o Presidente da República também estará acobertado pela cláusula da “irresponsabilidade penal relativa”. Com isso, ele não pode ser responsabilizado no mandato por atos delituosos praticados antes do início do mandato e, além disso, no exercício do mandato só poderá ser responsabilizado por atos delituosos praticados *in officio* ou *propter officium* (em ofício ou em razão do ofício). Nesse sentido, reza o art. 86 § 4º da CR/88 que o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. É preciso apenas esclarecer que essa imunidade relativa é apenas de cunho penal, não alcançando a seara civil, administrativa ou mesmo fiscal e tributária. FERNANDES, Gonçalves B., cit. p. 902.

³⁵⁹ “A articulação das dimensões de Estado de direito e do Estado democrático no moderno Estado Constitucional democrático de direito permite-nos concluir que, no fundo, a proclamada tensão entre ‘constitucionalistas’ e ‘democratas’, entre Estado de direito e democracia, é um dos ‘mitos’ do pensamento político moderno. Saber se o ‘governo de leis’ é melhor que o ‘governo de homens’ ou vice-versa é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo *sob* leis e *através* de leis. É, basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral nacional e internacional. CANOTILHO, J. J. G., cit., p. 231.

Nesses tipos de Estados, não há lugar para governante irresponsável,³⁶⁰ sendo certo que a responsabilidade política é uma consequência lógica do regime republicano, posto que aquele que exerce função pública responde pelos seus atos, pois está cuidando do patrimônio da público.

A forma republicana de governo faz surgir um regime de responsabilidade a que se devem submeter todos os agentes públicos, inclusive aqueles que figuram como agentes políticos. Esse princípio presente no nosso sistema constitucional desde a Carta Política de 1891 consagra a ideia de que todos os agentes públicos são responsáveis perante a lei. A responsabilidade é, em última análise, decorrente do regime democrático, no qual não há lugar para governantes irresponsáveis, visto que devem prestar contas de seus atos ao povo que o elegeu e que é o verdadeiro titular do poder político.

Os membros do Poder Legislativo se sujeitam, também, a uma disciplina constitucional específica, constante dos artigos 54 e 55 da Constituição da República, e, também, prestam contas de seus atos aos seus eleitores.

Da mesma forma, o Presidente da República tem um regime de responsabilidade político-administrativa peculiar e, também, um controle de legitimidade. No cerne do debate sobre essa questão, estão as formas pelas quais poderes democraticamente eleitos fazem o controle uns dos outros.

A responsabilidade política é um corolário não só do princípio republicano, mas do regime democrático, que conduz à submissão dos governos a sua estrita observância, sob pena de sofrerem sanções de ordem política como as decorrentes do *impeachment*.

Como verdadeiros servidores da nação, os agentes políticos devem exercer o cargo com responsabilidade política, econômica, social e fiscal. Os agentes públicos comuns respondem por crime de improbidade administrativa, e os agentes políticos que a Constituição expressamente selecionou respondem por crime de responsabilidade político-administrativa.

Os agentes políticos, no entanto, por serem “titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional

³⁶⁰ “Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. ‘Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercer o governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que ‘governo irresponsável, embora originário de eleições popular, pode ser tudo, menos governo democrático’”. SILVA, José A. da, *Comentário Contextual à Constituição*, cit. p. 472.

do Estado, o esquema fundamental do poder”³⁶¹, têm seu regime de responsabilidade mediado pelos *checks and balances* dos poderes que representam (*accountability horizontal*) e pela legitimidade democrática que obtiveram (*accountability vertical*).

Como verdadeiros servidores da nação, os agentes políticos devem exercer o cargo com responsabilidade política, econômica, social e fiscal.

A razão de ser do *impeachment* está no descumprimento dessas funções. Um Governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático.³⁶²

A Constituição de 1988 dispõe que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, que durante o seu mandato presidencial, atentem contra a Constituição, e, especialmente, contra a existência da União, do livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, da segurança interna do país (crimes políticos), da probidade da Administração, da lei orçamentária, do exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, e do cumprimento das leis e das decisões judiciais (crimes funcionais).³⁶³

A matéria se submete, sem quaisquer exceções, ao princípio constitucional da reserva absoluta da lei formal.³⁶⁴ A enunciação no texto constitucional, em termos amplos, é meramente exemplificativa, devendo os crimes ser definidos em lei especial, conforme o disposto no artigo 85, parágrafo único.³⁶⁵

Diante do enunciado previsto no texto constitucional, tem-se que o legislador constituinte criou uma nítida reserva de lei, em sentido estrito, tanto no que se refere aos

³⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo:Malheiros, 2013, p. 251.

³⁶²PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 03.

³⁶³ São as infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente, definidas em legislação federal, que atentem contra a Constituição e especialmente contra o rol do art. 85 da CR/88. Porém, é bom que se diga, que esse rol é meramente exemplificativo. Nesses termos, conforme o referido artigo da CR/88, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: “a existência da União; o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade da administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Certo é que a Lei 1.079/50 (com as atualizações da Lei 10.028/2000) esmiúça os incisos de I a VII do art. 85 da CR/88, tipificando as condutas descritas no mesmo, bem como, normatiza o processo de julgamento dos crimes de responsabilidade. FERNANDES, Bernardo G., cit. p. 902-903.

³⁶⁴ STF, ADI 834 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 11/02/1993, DJ 02-04-1993 PP-05617 EMENT VOL-01698-04 PP-00685. Em mesma direção está o seguinte julgado: STF, ADI 834, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 18/02/1999, DJ 09-04-1999 PP-00002 EMENTA VOL-01945-01PP-00007.

³⁶⁵ MENDES, Gilmar F., cit., p. 993.

aspectos materiais (definição das condutas classificadas como crimes de responsabilidade), quanto aos aspectos formais (processo e julgamento).

As Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 também previam a existência de lei especial quando se referiam aos crimes de responsabilidade (Constituições de 1946 e de 1967). Os crimes de responsabilidade devem ser previstos em lei especial, ou seja, lei que trate exclusivamente sobre este tema e que preveja as normas que regulem o seu processo e julgamento.

Na tradição do constitucionalismo brasileiro sempre ficou determinado que lei especial³⁶⁶ definisse o processo e julgamento dos crimes político-administrativos, envolvendo a figura presidencial e altas autoridades públicas.

Após a promulgação da Carta Constitucional de 1946, foi editada a Lei nº 1.079/50 – conhecida como a “Lei do *impeachment*”. Depois da promulgação da citada lei, o Brasil já teve outras Constituições, como a de 1967, a Emenda à Constituição de 1969.

O Brasil já teve vários pedidos de *impeachment* formulados, e dois casos julgados pelo Senado Federal (“Caso Collor” e “Caso Dilma”), como o Congresso Nacional ainda não estabeleceu uma nova lei que regulamente os processos de impedimento vigora a Lei nº 1.079/50, apesar das mudanças interpretativas provenientes do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378.³⁶⁷

³⁶⁶ “O parágrafo único prevê que os crimes de responsabilidade indicados serão definidos em lei especial, o que significa lei que tem por objeto exclusivo essa definição. Neste sentido, vigora a Lei 1.079, de 10.4.1950, que indica os tipos delitivos de cada um dos crimes listados no caput do art. 85, de que temos uma descrição geral e essencial nos comentários acima. Não cabe descer a pormenores dos termos da lei. Diz ela que são crimes de responsabilidade os que ela especifica, e isso é importante, porque fora dessa especificação não há crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, segundo os termos do art. 85. É importante também ter em mente o conteúdo dos arts. 2º e 3º da lei, segundo os quais os “crimes definidos nessa lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação até oito anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República”, e que a “imposição da referida pena não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal”. Isso que a lei diz nada mais é do que reafirmar o disposto no parágrafo único do art. 52 da Constituição, segundo o qual a condenação à perda do cargo será “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”, mas não é bem certo que o acusado fica sujeito à justiça ordinária, pois a competência é do Supremo Tribunal Federal, que não pode ser considerado justiça ordinária. É, porém, de destacar que a tentativa é punida tanto quanto o crime consumado”. SILVA. José A. da *Comentários Contextual à Constituição*, cit., p. 500-501.

³⁶⁷ “O procedimento na Câmara de Deputados anterior ao julgamento da ADPF nº 378 ocorria nos seguintes termos: Nestes termos, desenvolvendo o procedimento, temos que é necessário que um cidadão (indivíduo dotado de capacidade eleitoral ativa) apresente a denúncia (acusação) contra Presidente da República na Câmara dos Deputados. A Câmara elegerá uma comissão especial que irá elaborar um parecer sobre a denúncia (se ela deve ou não ser objeto de deliberação). O parecer é submetido à votação ostensiva e nominal (aberta) dos

A nomenclatura “crimes de responsabilidade” provém da tradição criminal inglesa, na qual as altas autoridades eram punidas criminalmente, com prisão, e até com a pena de morte.

Essa é a razão da existência no nosso ordenamento jurídico da denominação “crimes de responsabilidade”, a qual adentrou nas nossas Constituições, de forma equivocada, com a adoção da forma republicana e do regime presidencialista.³⁶⁸ Os crimes de responsabilidade abrangem tanto crimes funcionais como determinadas infrações políticas.

deputados, sendo exigido o quórum de 2/3 para autorização do processo contra o Presidente. A decisão da Câmara versará sobre se a denúncia (acusação) é adequada ou não. Se a denúncia não for admitida, o procedimento será arquivado. O STF decidiu em um caso concreto que há sim a possibilidade de defesa por parte do acusado, mesmo não existindo processo na Câmara, mas tão somente um juízo de admissibilidade sobre um futuro processo. Acreditamos que o fundamento de tal permissão se deu na medida em que, mesmo não estando diante de um processo, a decisão da Câmara de autorização (do processo) já proporcionaria um prejuízo para o Presidente da República na medida em que, por dicção constitucional, o Presidente ficará suspenso de suas funções nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. Com a autorização da Câmara, o Senado fica obrigado a processar e julgar (funciona como um verdadeiro tribunal). No Senado, será eleita uma comissão processante (acusadora) com ¼ dos senadores. Essa Comissão tem poderes para realizar diligências e instruir o processo. Será elaborada uma peça final acusatória e a mesma será enviada ao Presidente do Senado. No procedimento, será concedido o direito de defesa ao acusado. No final do procedimento, o Presidente do Senado comunicará ao Presidente do STF o dia do julgamento. O Presidente do STF conduzirá o julgamento. A condenação do Presidente exigirá um quórum de 2/3 dos Senadores. O Senado no Caso Collor decidiu que as penas previstas no § único do art. 52 da CR/88 (perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública) não eram uma principal (perda do cargo) e outra acessória (inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos). Portanto as duas penas são independentes e ambas principais. Com isso, o ex-presidente Collor, que havia renunciado e propunha a perda de objeto do processo de crime de responsabilidade em virtude da renúncia, foi condenado à inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos por 2/3 dos Senadores. É importante salientar que a renúncia de Collor não teve êxito no que tange a pena de inabilitação para o exercício de funções públicas, na medida em que o processo já havia se iniciado e já estávamos no julgamento, quando a tese foi analisado pelo próprio Senado (órgão julgador). Porém atualmente essa discussão (aventada no caso Collor) sequer teria suporte jurídico em relação ao tema das inelegibilidades. Certo é que, no que tange a possibilidade de concorrer para o exercício de mandato público eletivo, temos que a Lei Complementar nº 135/2010 referente às inelegibilidades infraconstitucionais (impedimento à capacidade eleitoral passiva) determinou que o Presidente da República ficará inelegível se renunciar seu mandato desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura”. FERNANDES, Bernardo G., cit. p. 903-905.

³⁶⁸ "A expressão crime de responsabilidade tem, no Direito brasileiro, um sentido equívoco, pois que não designa apenas figuras delituosas de ilícito penal, mas também violações de deveres funcionais não sancionadas com pena criminal. Empregou-a, pela primeira vez, a Constituição do Império, em seu art. 5º. Empregou-se tal locução, pela primeira vez, em nossos diplomas legislativos, no art. 308 do Código Criminal de 1830. Seguiram-se-lhe, logo depois, o Código de Processo Criminal de 1832 e a Lei de Interpretação de 1840. Desde então, passou a circular, como assinala o prof. Raul Chaves, 'a locução viciosa - com foros de linguagem legislativa - ora aludindo àqueles delitos por que são responsáveis os ministros e secretários de Estado, ora designado certas espécies de crimes comuns, definidos no Código de 1830, ou, seja, delicta in officio, crimes de função, delicta própria dos que exercem funções públicas. No Direito Constitucional pátrio, o crime de responsabilidade opõe-se ao crime comum e significa 'a violação de um dever do cargo, de um dever de função', como dizia José Hígino. Mas o *sanctio juris* contra essa infração não consiste em pena criminal, pois que seu julgamento e os efeitos jurídicos deste advindos são de outra espécie e moldam-se pela forma do instituto do impeachment. Como diz João Mendes Júnior, adotou o nosso legislador 'o instituto do impeachment, tal como figura na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, isto é, não podendo o Senado impor outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade e exercer qualquer outro, sem prejuízo da ação da justiça ordinária contra o condenado'. Ensina Aníbal Freire que, no Direito Parlamentar brasileiro, 'vingou o precedente de que é essencialmente política' essa função. O impeachment é assim medida política, mas que tem 'todos os característicos de um

A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), no seu artigo 1º afirma que:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Os crimes de responsabilidade são considerados condutas de responsabilidade funcional. Não se apresentam dotados de ilicitude penal especificamente, embora sejam atos ilícitos, contrários ao direito, mas não necessariamente às normas penais em si.

Por não serem crimes, os acusados também podem responder na esfera penal, sem que esta condenação signifique um *bis in idem* na condenação por crime de responsabilidade e por crime comum, no mesmo caso, em face da distinta natureza das sanções aplicáveis.

No mesmo sentido, o art. 3º da Lei nº 1.079, de 1950, determina que o condenado por crime de responsabilidade previsto na Constituição, pode também responder por infração penal, “a imposição da pena referida no artigo anterior - perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública - não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal”.

Portanto, os crimes de responsabilidade não sujeitam os seus autores a penas privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, como acontece no âmbito penal.³⁶⁹ Caso o Presidente da República pratique infrações penais durante o exercício do cargo, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo as leis penais comuns.

julgamento, que termina pela absolvição do indiciado ou pela sua condenação a uma pena expressamente determinada pela lei constitucional.' Muito se tem discutido sobre a natureza da atividade jurisdicional que é exercida no procedimento do impeachment. Para alguns, há ali apenas um juízo político, enquanto que, para outros, é indubitável o seu caráter de jurisdição penal. Para Watson, trata-se de um quase criminal *proceeding*. Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão só o caráter de *sanctio juris* política, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais". MARQUES, José F. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. III. 3. atual. Campinas: Millennium, 2009, p. 364-365.

³⁶⁹“Neste tema, convém anotar que o julgamento do Senado Federal é de natureza política. É juízo de conveniência e oportunidade. Não nos parece que, tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas. Pode ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo. Foi para permitir esse juízo de valor que o constituinte conferiu essa missão à Câmara dos Deputados (que autoriza o processo) e ao Senado Federal. Não ao Judiciário, que aplica a norma ao caso concreto, segundo a tipificação legal”. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165-166.

Todavia, os crimes de responsabilidade são destinados apenas para apurar a responsabilidade político-jurídica, através da destituição da autoridade e sua eventual desqualificação para o exercício de outro cargo.

A responsabilidade do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, é política como decorrência do regime republicano, pois aquele que exerce função política responde pelos seus atos, em virtude de ser responsável pela *res publica*.³⁷⁰

A autoridade que se desligar do cargo não se submeterá ao processo. Não se pode exigir de um julgamento político-jurídico a identidade de questões técnicas ou garantias próprias de um julgamento penal. O que se julga não é a pessoa, mas o desempenho da função, a sua responsabilidade político-administrativa.

O Supremo Tribunal Federal consagrou o caráter político-constitucional e a natureza político-administrativa dos crimes de responsabilidade. Portanto, a Corte eliminou todas as dúvidas acerca da natureza de tais crimes, excluindo toda interpretação que pretendesse enquadrá-los como infrações penais.

Nesse sentido, o voto proferido pelo Relator, Ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190/RJ, no Plenário do STF e HC nº 69.647.³⁷¹ Também no mesmo sentido o STF julgou o HC nº 70.033 impetrado por

³⁷⁰ TEMER, Michel. cit., p. 163.

³⁷¹ Nesse julgado, inclusive, o voto do Relator deixa claro que uma coisa é se atribuir à União – como faz a Corte – a competência para legislar sobre crimes de responsabilidade; outra, distinta – e que não é pronunciada pela Corte, muito ao contrário – seria reconhecer nesses crimes uma característica de infrações penais propriamente ditas. Igual é o entendimento do Ministro Carlos Ayres Britto (voto proferido na citada ADI nº 4.190/RJ e também, na qualidade de Relator, na ADI nº 2962).

Reitere-se: o STF jamais reconheceu natureza de ilícito penal aos crimes de responsabilidade, embora entenda ser competência da União defini-los, assim como seu processo. Essa conclusão fica claríssima quando analisamos o caso-líder da jurisprudência da Corte sobre a competência para definir esses ilícitos. Na ADI-MC nº 1628-8/SC, julgada em 30.06.1997, o Relator, Ministro Nelson Jobim, reconhece a competência federal sem, contudo, adentrar na natureza jurídica dos crimes de responsabilidade.

No sentido, aliás, de que os “crimes” de responsabilidade não têm natureza criminal, colhem-se as lições de Sérgio Valladão Ferraz, para quem “melhor seria denominá-los infrações constitucionais ou infrações político-administrativas, para lhes ressaltar o que são: atos que atentem contra a Constituição, e cuja natureza jurídica é de Direito Constitucional e, portanto, impregnada de considerações políticas, e não de Direito Penal em sentido estrito” (*Curso de direito legislativo*, p. 182).

Não é diferente a lição da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao reconhecer que “o objetivo do processo de impeachment é político, sua institucionalização constitucional, seu processamento jurídico, mas não penal”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptibilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do Presidente renunciante. In: OAB. A OAB e o Impeachment. Brasília: Tipogresso, 1993, p. 156.)

Idêntico é o entendimento de Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo (*Curso de Direito Constitucional*, p. 365), Dirley da Cunha Júnior (*Curso de Direito Constitucional*, p. 1040), Leo Van Holthe (*Direito Constitucional*, p. 736), Alexandre de Moraes (*Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, p. 1263), René Ariel Dotti (*Curso de Direito Penal*, p. 493), entre vários outros doutrinadores de

Fernando Collor de Mello, cujo Relator foi o Ministro Ilmar Galvão, o qual denominou a sanção resultante do *impeachment* como de natureza político-administrativa.

Com efeito, os crimes comuns e os crimes de responsabilidade são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. Os crimes comuns contêm um aspecto da ilicitude penal. Os crimes de responsabilidade referem-se a uma ilicitude político-administrativa.

O legislador constituinte utilizou a expressão crime comum significando ilícito penal, em oposição aos crimes de responsabilidade, significando infrações político-administrativas.

Fábio Medina Osório explica com propriedade a diferença existente entre os crimes de responsabilidade e o *impeachment* quanto à natureza dos institutos:³⁷²

É que se por um lado os crimes de responsabilidade possuem natureza político-constitucional, disciplinados que são, exclusivamente, pela Constituição da República e lei especial – instrumentos dos “checks and balances” -, em nada semelhantes aos crimes comuns, o procedimento de *impeachment* possui natureza político-jurídica, incidindo em sua disciplina não só a Constituição da República e a Lei 1.079/50, mas também outros diplomas que a Constituição e a lei especial prevejam como aplicáveis, caso do Código de Processo Penal, bem como dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, diplomas nitidamente administrativos.

No julgamento dos crimes de responsabilidade há um elemento catalisador que serve para influenciar o resultado condenatório ou absolutório, qual seja, a opinião pública.

A participação da mídia e das redes sociais influencia profundamente o julgamento, porque este é feito pelos atores políticos que emitem suas decisões sem necessidade de fundamentação política ou jurídica.

renome. Na doutrina clássica, podemos citar as lições de Themístocles Brandão Cavalcanti (*A Constituição Federal Comentada*, vol. 2, p. 263), Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, p. 643), Paulo Brossard (*O Impeachment*, p. 76), Raul Chaves (*Crimes de Responsabilidade*, p. 59), José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 548), José Cretella Júnior (*Natureza Jurídica do Impeachment no Brasil*, in *Revista dos Tribunais*, n. 355, p. 20) e Miguel Reale – o pai (*Impeachment – conceito jurídico*, in *Revista dos Tribunais*, n. 355, p. 67). Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

³⁷² MEDINA OSÓRIO, Fábio. Crimes de Responsabilidade do Presidente da República. Reflexões e subsídios para análise do processo de *impeachment* de Dilma Vana Rousseff, com Base na Denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaina Conceição Paschoal. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160411> Acesso em: 07 jun. 2016.

8. Renúncia do mandato no processo de crime de responsabilidade

O *impeachment* não visa condenar delinquentes, não atinge a sua pessoa nem os seus bens, mas tem por escopo proteger o Estado, retirando o agente público que exerceu o cargo de forma negligente, caprichosa, abusiva, ilegal ou facciosa, de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro que são exigidos para quem ascende aos altos escalões da hierarquia política.³⁷³

Em que pese o reconhecimento da natureza político-jurídica do *impeachment*, não se pode olvidar o seu peso político. Não é sem razão que Maximiliano resumiu a finalidade do instituto: “só se processa perante o Senado quem ainda é funcionário, embora as faltas tenham sido cometidas no exercício do mandato”.³⁷⁴

O término do mandato também é causa de extinção do processo, posto que a função pública também se extinguiu.

O artigo 15 da Lei nº 1.079/50 dispõe que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

A doutrina tem se manifestado no sentido de que se houver um retorno para o cargo, da autoridade que astutamente renunciou, para não sofrer o constrangimento público perante o Parlamento, deverá ser reaberto o processo de impedimento e a autoridade submetida a julgamento em virtude daqueles atos praticados durante o exercício do mandato ou do cargo renunciado.

Entretanto se a pessoa voltar ao cargo restaura-se a jurisdição política. Se o mandatário for reconduzido ao posto que houvesse desempenhado, restaura-se o Juízo Político.³⁷⁵

Importante controvérsia diz respeito à possibilidade de renúncia ao cargo do Presidente da República para escapar das penalidades decorrentes do processo de *impeachment*.

Até o julgamento do ex-Presidente Fernando Collor, a doutrina tradicional se inclinava pela impossibilidade de prosseguimento do processo em caso de renúncia do acusado, sob o

³⁷³ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 134.

³⁷⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3 ed. Porto Alegre: Freitas Bastos, 1929. p. 396-398.

³⁷⁵ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 136.

argumento de que o processo possuía um caráter eminentemente político. Entretanto, esse entendimento foi alterado quando o ex-Presidente Fernando Collor formulou pedido de renúncia depois de iniciado o julgamento perante o Senado Federal.

Michel Temer entende que não é possível que a renúncia, após o início do processo de *impeachment*, possa ser aceita a fim de evitar a pena de inabilitação do acusado: “a renúncia, quando já iniciado o processo de responsabilização política, tornaria inócuo o dispositivo constitucional se fosse obstáculo ao prosseguimento da ação”. E acrescenta: Assim, havendo renúncia, o processo de responsabilização deve prosseguir para condenar ou absolver, afastando, ou não, sua participação na vida pública (...).³⁷⁶

Esse entendimento é corroborado por vários doutrinadores que não admitem que o agente público, após cometer infração político-administrativa, use de manobras para voltar ao exercício da função pública. Não seria condizente com a moral jurídica, não seria aceitável que alguém que tivesse que ser “afastado da titularidade do cargo máximo do poder executivo por destrato a lei pudesse continuar a participar, ativa e imediatamente, do poder público logo após a ocorrência de fatos que teriam conduzido à condenação, frustrada por um atalho”.³⁷⁷

A defesa de Fernando Collor propôs uma questão de ordem, tendo sido decidido que o julgamento deveria continuar, pois ainda poderia ser aplicada a pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos, conforme se infere da Resolução de 30-12-1992. Entendeu-se que o escopo do processo de *impeachment* não é só a perda do cargo, mas a aplicação conjunta da pena de inabilitação.

Insatisfeito com a decisão do Senado o acusado impetrou MS nº 21.689-1 perante o Supremo Tribunal Federal e este confirmou a decisão do Senado, com base na Lei nº 1.079/50, decidiu por maioria de votos que a renúncia ao cargo, apresentada quando já iniciada a sessão de julgamento, não paralisa o processo de *impeachment*.³⁷⁸

A decisão proferida no Mandado de Segurança impetrado perante o Supremo Tribunal Federal dividiu a Corte, pois quatro Ministros indeferiram o pedido e quatro o deferiram, gerando empate na votação. O Ministro Sydney Sanches se declarou suspeito porque estava presidindo o julgamento do ex-Presidente Collor. Dois outros Ministros também se declararam suspeitos, a saber: Francisco Rezek e Marco Aurélio de Melo. Desta forma, foi

³⁷⁶ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 186-187.

³⁷⁷ROCHA, C. L. A. Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptibilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do Presidente renunciante. In: *OAB. A OAB e o impeachment*. Brasília: Tipogresso, 1993. p. 167.

³⁷⁸ MENDES, Gilmar F., cit., p. 995.

preciso convocar três Ministros do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

9. Alcance do controle do procedimento de *impeachment* do Presidente da República pelo Poder Judiciário

O jurista Fábio Medina Osório afirma que os atos praticados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, no âmbito de procedimento de *impeachment* do Presidente da República, são sindicáveis pelo Poder Judiciário unicamente quando houver violação a direitos e garantias assegurados pela Constituição da República e pela Lei especial de nº 1.079/50,³⁷⁹ bem como as normas do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa e da produção de provas legalmente permitidas.³⁸⁰

Essa é a opinião compartilhada pela maioria dos doutrinadores, ou seja, o Poder Judiciário não pode se manifestar quanto ao mérito da decisão tomada pelo Senado Federal.

José Afonso da Silva afirma que “as decisões do Senado são incontestáveis, irrecorríveis, irreversíveis, definitivas”.³⁸¹ De forma idêntica, Paulo Brossard afirma que as

³⁷⁹“Quanto ao mérito, entende o citado jurista que não cabe a revisão no mérito de deliberação parlamentar, competindo às Casas do Congresso Nacional, soberanamente, a valoração de fatos e provas em matéria de *impeachment*, na concretização dos conceitos indeterminados da definição legal típica dos crimes de responsabilidade seja no juízo de recebimento ou não da denúncia pelo Presidente, Comissão Especial ou Plenário da Câmara dos Deputados, quanto à existência ou não de justa causa. Da mesma forma não cabe a intromissão do Poder Judiciário, no juízo de instauração ou não do processo pela Comissão Especial do Senado Federal, quanto à existência ou não de justa causa; no juízo de pronúncia ou impronúncia pela Câmara Alta ou ainda no juízo de condenação ou absolvição pelo Senado Federal”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Crimes de responsabilidade do Presidente da República – Reflexões e subsídios para análise do processo de Impeachment de Dilma Vana Rousseff, com base na denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Conceição Paschoal*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160411> Acesso em: 07 jun. 2016.

³⁸⁰“É admissível o controle judicial da regularidade do processo de *impeachment* contra o Presidente da República, tendo por objeto alegações de cerceamento de defesa, desrespeito ao devido processo legal, de lesão ou ameaça de outros direitos constitucionais ou legais, bem como sobre matéria de competência de órgão do Congresso Nacional para prática de ato impugnado, todavia não pode haver alteração da decisão tomada seja em juízo de admissibilidade proferido pela Câmara, seja no curso do processo e julgamento pelo Senado. Vale dizer o Supremo Tribunal Federal não pode discutir o mérito das deliberações tomadas, desde a autorização prévia para a instauração do processo até a sua decisão final, em função da sua natureza predominantemente política”. SAMPAIO, José A. L., cit., p. 530-531.

³⁸¹ SILVA, José A. da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 503.

decisões do Senado são: incontestáveis, irreversíveis, irrevogáveis, definitivas.³⁸² E a razão é simples, o *impeachment* se constitui num julgamento político - apesar da exigência dos crimes de responsabilidade - e será julgado por um tribunal político, “prolatado por uma corporação política, em virtude de causas políticas, instaurado sob condições de conveniência políticas portanto, não pode haver recurso para o Poder Judiciário”.³⁸³

Fábio Medina afirma que O *impeachment* é um processo estranho ao Poder Judiciário, que começa e termina no âmbito parlamentar, por expressa disposição constitucional. Nele o Judiciário não interfere, exceto se houve violação de direito constitucional da ampla defesa.

Coerente com sua linha de raciocínio o Ministro Paulo Brossard restou vencido nas questões relativas ao conhecimento de mandados de segurança impetrados em face de decisões sobre o rito do *impeachment*. Prevaleceu, ao longo dos precedentes que se sucederam, a tese sustentada pelo Ministro Aldir Passarinho:

Embora seja, por certo, o *impeachment* medida predominantemente política, não podem ser excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos que tendam à apuração dos crimes de responsabilidade que lhe dão causa, que devem encontrar-se vinculados estritamente às normas constitucionais ou legais de natureza procedimental não lhe cabendo, porém, interferir nos critérios do poder discricionário quanto à oportunidade ou conveniência de tal apuração, nem adentrar no mérito de julgamentos que a Constituição Federal limita à exclusiva competência do Senado Federal, como resulta exatamente daquela fixada no inc. I, do art. 52, da Constituição Federal no tocante aos crimes de responsabilidade atribuídos ao Presidente ou ao Vice-Presidente, e aos Ministros de Estado, havendo conexão, após autorização da Câmara dos Deputados, também privativamente (art. 51, I, da C.F.).

Paulo Brossard, quando julgou o MS nº 21.689, proferiu voto no sentido de que não pode a decisão do Senado Federal, nos processos de *impeachment*, ser revista pelo Poder Judiciário, explicando que o Senado quando julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, age como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da própria Constituição.³⁸⁴

³⁸² PINTO, Paulo B. de S., cit. p. 151.

³⁸³ “Como tais características e peculiaridades, é natural que do julgamento político, prolatado por uma corporação política, em virtude de causas políticas, ao cabo de processo político, instaurado sob considerações de conveniência política, não haja recurso para o Poder Judiciário”. PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 139.

³⁸⁴ “A minha conclusão não decorre do fato de tratar-se de questão política, como por vezes se diz, ou *interna corporis*. Embora o processo seja marcadamente político, a sanção política, as infrações políticas, isto não

Além da questão da competência constitucionalmente traçada, o mesmo autor ainda sustenta a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir no seu mérito, reclamando a própria natureza e finalidade do instituto do *impeachment*, pois “ele é uma medida política aplicado a um problema político”³⁸⁵, e, se admitíssemos a possibilidade de ingerência judicial no mérito

importa em associar-se o *impeachment* às questões meramente, puramente ou exclusivamente políticas, segundo o sentido que essas expressões têm na linguagem do Direito Constitucional. O meu entendimento se funda no fato de a constituição haver reservado ao Senado toda a jurisdição a respeito da matéria, e excluído, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Não fora assim e a última palavra, direta ou indiretamente, seria dada pelo STF e não pelo Senado. O mandado de segurança se funda em um fato, o de ter o Senado decretado a inabilitação do ex-presidente depois de sua renúncia. A tese é interessante; tenho sustentado entendimento que não foi vitorioso no Senado, o qual, por expressiva maioria, 73 em 81, e baseado em autores nacionais e estrangeiros, de reconhecida autoridade, entendeu que a renúncia, aliás, anunciada depois de iniciado o julgamento, não vedava prosseguisse ele para a aplicação concreta da sanção constitucional, que de outro modo ficaria frustrada pelo arbítrio de uma pessoa. Fez bem o Senado em decidir assim? Não me cabe, apreciar o acerto ou o desacerto da Câmara Alta; bem ou mal ela decidiu assim e só ela podia fazê-lo. Como sustentarei em meu estudo, a própria exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao *impeachment* são feitas pela Câmara e pelo Senado, *O impeachment* nº 120, p. 151. Pode o STF interferir no mérito do julgamento que compete ao Senado fazer, e reformar sua decisão, como pretende o impetrante, sob o fundamento de que ela decorre de uma exegese menos feliz e de uma orientação doutrinária menos louvável? Não me parece que isto possa ser feito. A verdade é que, ao cabo de amplo debate, duas teses foram expostas e defendidas e o Senado, por impressionante maioria, 71 a 9, optou por uma delas, a que concluía pelo prosseguimento do processo. Decidindo como decidiu, o Senado, não ofendeu nenhum preceito de lei, limitando-se a endossar uma interpretação jurídica que eu não defendo, mas que, tenho de reconhecer, é defendida por autoridades respeitáveis. Note-se, outrossim, que não perdura o disposto no art. 3º da Lei nº 27/1892, segundo o qual o processo que trata esta lei só poderá ser intentado durante o período presidencial e cessará quando o Presidente, por qualquer motivo, deixar definitivamente o exercício do cargo. Quer dizer, a lei brasileira de então consagrou o entendimento de certa corrente de opinião, numerosa e ilustre, que nos Estados Unidos assim pensava. De maneira diferente, no entanto, veio a dispor o art. 15 da Lei nº 1.079/50; a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. O Senado não tratou nenhuma lei; terá adotado a doutrina menos defensável? Não sei; o que sei é que consagrou um entendimento, que não é o meu, mas que tem o sufrágio de autores ilustres. Cuido que a doutrina vitoriosa no Senado não seja a melhor; isto não me autoriza, porém, a deferir o mandado de segurança pleiteado pelo ex-Presidente. Em outras palavras, não posso reformar a decisão do Senado prolatada em matéria de sua exclusiva competência e no exercício de sua original e conclusiva jurisdição. Em verdade, as leis não concebem recurso algum da decisão do Senado para qualquer outra Corte, nem mesmo para o próprio Senado; nem a rescisória é admitida; o judiciário, originalmente ou em grau de recurso, não pode conhecer da matéria, dado que a Constituição, bem ou mal, reservou para o Senado matéria exclusiva para ele conhecer e decidir acerca do assunto.

(...) É que o Senado quando julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da Constituição e de cujas decisões não há recurso para nenhum tribunal. Isso nada tem de inaudito. Da decisão do STF nas infrações penais comuns em que figure como acusado o Presidente da República (bem como o Vice-presidente, os membros do Congresso, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República), art. 102, I, a, da CF, também não há recurso algum, nem para outro tribunal, nem para o Senado. Por mais eminentes que sejam as atribuições do STF, e o são, ele não é curador do Senado e sobre ele não exerce curatela. No particular, a constituição traçou, com nitidez matemática, as atribuições privativas do Senado e do Poder Judiciário. Aliás, penso não ser oportuno lembrar que o Senado pode processar e julgar os Ministros do STF nos delitos de responsabilidade. Os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, art. 52, II, da CF”. Mandado de Segurança nº 21.689-1, Diário da Justiça, 7 abr. 1995, p. 18.871.

³⁸⁵Bem apreciada a natureza do *impeachment*, apurado que ele é medida política aplicada a um problema político – embora através de aparatoso cerimonial semelhante ao processo criminal, forçoso é reconhecer que, admitir-se recurso ou revisão judicial das decisões do Senado ou da Câmara, ou a ingerência dos tribunais em tais processos, equivaleria a tratar nuclearmente o sistema em razão do qual foram distribuídos poderes, pela Constituição, reservada que fosse ao Judiciário, desse modo, a palavra derradeira acerca de matéria que a Constituição outorga privativamente à Câmara e ao Senado, a exclusividade congressional estaria fendida. E a jurisdição do Senado, que, além de original, é definitiva e derradeira, absoluta e irreversível, teria perdido estas características. PINTO, Paulo B. de S., cit. p. 163.

do processo, seria desnaturar a sua natureza política, como um dos mais eficientes meios de “freios de contrapesos” do sistema presidencialista.

Inocência Mártires Coelho também comunga desse entendimento.³⁸⁶ A interferência do Poder Judiciário só pode ocorrer para resguardar a observância das garantias processuais previstas na Constituição em vigor e nas demais leis infraconstitucionais.

Pedro Lessa também entende que “a violação das garantias constitucionais, perpetradas à sombra de funções políticas não é imune à ação dos tribunais”, devendo a Corte intervir sempre que a ação legislativa “ultrapasse a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensa a direitos, lhe tira toda a eficácia jurídica”.³⁸⁷

Geraldo Brindeiro leciona que o julgamento de mérito do *impeachment* é insuscetível de judicialização. A decisão de mérito do Senado pela condenação ou absolvição não pode ser sindicada pelo Poder Judiciário.³⁸⁸

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida nos Mandados de Segurança 21.623 e 21.689, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, relacionado ao *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, a Corte rejeitou a preliminar de falta de jurisdição do Poder Judiciário para conhecer da segurança pretendida, em face de ato praticado pelo Senado Federal, no exercício da competência para julgamento de crimes de responsabilidade, aduzindo que as decisões da “Alta Câmara” são de natureza política, cujo mérito é insuscetível de controle judicial, ao Supremo cabe analisar a regularidade do processo de *impeachment* sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes.

O Ministro Sepúlveda Pertence no MS 21.564 endossou a exclusividade do Congresso para o julgamento do *impeachment*.³⁸⁹

³⁸⁶ “O fato de no processo de *impeachment* ser cominada uma sanção política, cujo mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, impõe maior cautela quanto à imparcialidade dos Senadores, porque ficam eles revestidos da condição de juízes soberanos da existência ou não do crime de responsabilidade atribuído ao acusado”. Defesa do Advogado dativo Inocência Mártires Coelho no processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor.

³⁸⁷ LESSA, Pedro. *Do poder judiciário: direito constitucional brasileiro*. Imprensa. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 65.

³⁸⁸ BRINDEIRO, Geraldo. *A sanção constitucional do impeachment*. Disponível em: www.opinioe.estadao.com.br. Acesso em 28 de setembro de 2016.

³⁸⁹ Min. Sepúlveda Pertence. Mandado de Segurança nº 21.623-DF.

Vejo no art. 85, parágrafo único, uma reserva legal plena do significado político do *due process* no mecanismo do *impeachment*: ela traduz uma recusa dos sucessivos constituintes brasileiros à concentração, concentração satânica, nas Casas do Congresso Nacional, do poder de julgar no mérito, que é seu e exclusivamente seu, com o de editar e alterar ao seu talento a única garantia do acusado, que são as regras do jogo, as quais, se relegadas à alçada regimental, em princípio, são de interpretação e aplicação conclusivas pela mesma Casa que julga e pela mesma Casa que, não fosse a reserva da matéria à lei – solitariamente, sem dependência, sequer da sanção, nem o risco do veto -, poderia elaborar e alterar, ao sabor da conjuntura, as regras do processo de *impeachment*.

Em outro momento do voto o Ministro Sepúlveda reforçou este mesmo entendimento:³⁹⁰

Bem apreciada a natureza do *impeachment*, apurado que ele é medida política aplicada a um problema político – embora através de aparatoso cerimonial semelhante ao processo criminal -, forçoso reconhecer que, admitir-se recurso ou revisão judiciais das decisões do Senado ou da Câmara, ou a ingerência dos tribunais em tais processos, equivaleria a tratar nuclearmente o sistema em razão do qual foram distribuídos os poderes pela Constituição; reservada que fosse ao Judiciário, desse modo, a palavra derradeira acerca de matéria que a Constituição outorga privativamente à Câmara e ao Senado, a exclusividade congressual estaria fendida. E a jurisdição do Senado, que, além de original, é definitiva e derradeira, absoluta e irreversível, teria perdido estas características.

O Ministro Paulo Brossard foi vencido, no sentido da exclusividade, no processo de *impeachment*, da jurisdição constitucional exercida pelas Casas do Congresso Nacional.³⁹¹

No MS 34.193 relativo ao processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, o Ministro Teori Zavascki afirmou: “(...) não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe em juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação (...)”.

Essa é a lição que se extrai da atual Carta Política a qual erigiu o Senado Federal, sob o comando do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Especial, para o

³⁹⁰ Min. Sepúlveda Pertence. Mandado de Segurança nº 21.623-DF.

³⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *IMPEACHMENT*. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 312.

juízo político, que não é um tipo de juízo próprio de tribunais jurisdicionais, porque estes não servem senão para exercer a jurisdição técnico-jurídica.

O argumento de que o Presidente da Suprema Corte do país deverá presidir o julgamento do *impeachment* perante o Senado Federal diz respeito à necessidade do controle das paixões político-partidárias, que divide e provoca descontrole emocional nos adversários políticos. Paulo Brossard afirma que o Chefe da Corte Constitucional reúne melhores condições para funcionar como o Presidente deste “Alto Tribunal Político”, devido à importância para a nação do cargo que ocupa, e mais: “a autoridade moral que possua o prestígio da toga que enverga, a majestade da função que exerce, poderá amainar as paixões mais exacerbadas ou moderar os excessos (...)”³⁹²

Nesse julgamento político fica patente que o *impeachment* deixa qualquer mandatário vulnerável, pois, nesse momento, não só os fatos típicos expressamente elencados na Constituição Federal e nas leis especiais estão sob apreciação dos Deputados e Senadores, mas todo o contexto político, social, e, sobretudo, os fatores econômicos levarão a um decreto de condenação ou de absolvição. No julgamento político-jurídico, a responsabilidade presidencial não será aferida segundo as fechadas regras do silogismo formal, exigidas para as condenações por crimes comuns; mas os juízes finais da causa - os Senadores - ficarão livres para formarem um livre convencimento não fundamentado, vale dizer, estarão selando o destino do denunciado com base em duas pequenas palavras: SIM ou NÃO.

Orozimbo Nonato, citado por Paulo Brossard, afirma que o *impeachment* deve ser conduzido pelo Poder Legislativo, o qual está legitimado pela norma constitucional a decidir de forma suprema, tornando-se o Supremo Tribunal Legislativo.³⁹³

Deverá o Poder Legislativo, nomeadamente o Senado Federal, julgar o acusado com as cautelas necessárias, conduzindo o processo dentro das normas constitucionais e

³⁹² PINTO, Paulo B. de S., cit. p. 149.

³⁹³ Porque a legislatura tem jurisdição exclusiva sobre matérias relativas a *impeachment*, diz um aresto da Corte ‘as ações do Senado e da Câmara, no exercício desta jurisdição, não estão sujeitas a revisão ou ingerência dos tribunais’. E continua: ‘a Constituição confere à legislatura jurisdição exclusiva e define as atribuições de cada Casa nos casos de ‘*impeachment*. Na ausência de provisão contrária, isto implica, logicamente que os tribunais não têm jurisdição sobre casos de ‘*impeachment*’, nem possuem poder para interferir neles’. Assim remata o julgado, que não é o único na jurisprudência norte-americana: ‘é claro que as cortes não têm autoridade para interferir’ nesses casos. Mas não apenas ao Judiciário falece competência para rever decisões do Senado por via de recurso ou para desconstituí-las através da revisão. Igualmente o chefe do Poder Executivo não tem competência para conceder indulto nem para comutar a pena política. Mesmo em relação à anistia falta precedente que autorize sua concessão; o Legislativo se desveste de todo poder para alterar sua solene decisão, que, uma vez proferida, é irretroatável, na lição de Barbalho. A própria exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao *impeachment* são feitas pela Câmara e pelo Senado, porque as questões a ele referentes não chegam aos tribunais. PINTO, Paulo B. de S., cit. p. 150-151.

infraconstitucionais. Decide com base em critérios menos rígidos que um juiz togado, podendo usar a discricionariedade sem ser acusado de decisionismo, bem como usar as paixões partidárias sem ser acusado de suspeito.³⁹⁴

Salienta, ainda, o mesmo autor, a impossibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Federal, para revisão do mérito do julgamento de *impeachment*, pela simples razão de que cabe ao Legislativo, exclusivamente, fazer a exegese e construção das cláusulas constitucionais referentes ao processo de impedimento, porque as questões a ele referentes não chegam aos tribunais.³⁹⁵

Ruy Barbosa corrobora a competência exclusiva do Senado Federal para o julgamento dos crimes de responsabilidade, visto que há mais de cem anos, lecionava sobre a competência do Poder Legislativo para o julgamento dos altos agentes políticos.³⁹⁶

O Ministro Edson Fachin, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378, em voto proferido no dia 16 de dezembro de 2015, no célebre julgamento da ação que criou novo rito para o processo de impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff, propôs ementa no sentido de que o processo de *impeachment* possui natureza jurídico-política, afirmando que o conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de *impeachment* é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.³⁹⁷

³⁹⁴“O Poder Legislativo é, quanto ao *impeachment* previsto e regulado na Constituição, mediante processo, no caso inobservado, e defesa, no caso inconcedida, discricionário e soberano. Decide aqui como poder supremo. O seu julgamento posto se desenvolva dentro de normas impostergáveis (trata-se de processo quase criminal), é político e sobranceiro à revisão do poder judicial. O seu discricionarismo, no caso, não depara limitações no Poder Judiciário, fato tão assimilável e conspícuo que, em razão dele, o Prof. Pinto Antunes, em livro cuja segunda edição acaba de aparecer, considera o Legislativo o primaz dos Poderes, e denomina o nosso sistema político de congressualista”. NONATO, Orozimbo, *apud* COSTA, Edgar. *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Tomo III, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. p. 415.

³⁹⁵ PINTO, Paulo B. de S., cit. p. 151.

³⁹⁶ BARBOSA, Rui. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Ed. Rio de Janeiro: Atlantida, s.d. (1893), p. 131-132.

³⁹⁷ 1. O *impeachment* integra, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Lei 1.079/1950, o rol de procedimentos presentes no Estado Democrático de Direito, configurando-se em processo de índole dúplice, de natureza jurídico-política para o fim de examinar a imputação e definir a ocorrência ou não de crime de responsabilidade por parte de Presidente da República, devendo o Supremo Tribunal Federal assegurar a realização plena do procedimento nos estritos termos da lei e da Constituição.

2. O conteúdo do juízo exclusivamente político no procedimento de *impeachment* é imune à intervenção do Poder Judiciário, não sendo passível de ser reformado, sindicado ou tisdado pelo Supremo Tribunal Federal, que não deve adentrar no mérito da deliberação parlamentar.

3. Restringe-se a atuação judicial, na hipótese, à garantia do devido processo legal. A forma do procedimento de *impeachment* deve observância aos direitos e garantias do acusado, especialmente aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MS nº 30.672, comunga do mesmo entendimento, qual seja, da insindicabilidade do juízo de mérito pelo Poder Legislativo, nos procedimentos de *impeachment*.³⁹⁸

O Ministro Sydney Sanches, que presidiu o julgamento do ex-Presidente Fernando Collor, afirma que a análise dos fatos que configuram crime de responsabilidade cabe, exclusivamente, ao Senado Federal. Portanto, o veredicto acerca dos mencionados crimes político-administrativos apontados na denúncia, é da competência dos Senadores da República, não cabendo a qualquer jurista ou Órgão judicial proceder tal análise.³⁹⁹

Fábio Medina Osório leciona que os atos praticados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal no âmbito de procedimento de *impeachment* do Presidente da República são sindicáveis pelo Poder Judiciário, desde que:⁴⁰⁰

(i) se alegue violação a direitos e garantias procedimentais e formais assegurados pela Constituição da República e pela Lei nº 1.079/50;

(ii) se objetive a observância do devido processo legal e das regras de competência que o consubstanciam no caso;

4. Sendo a lei existente sobre a matéria anterior à Constituição de 1988, e não tendo havido pelo Parlamento edição de lei específica para o respectivo regramento, em termos procedimentais e formais pode o Poder Judiciário à luz de filtragem constitucional examinar a legislação pretérita iluminada por preceitos fundamentais previstos no Texto Constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a teor do inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º. da Lei 9.882/1999.

5. A atuação judicial pode, assim, adequar, em tais limites e naqueles definidos pelos pedidos na presente ADPF, o procedimento quando necessário à observância de regras e preceitos constitucionais.

³⁹⁸ O direito a ser amparado nesta via mandamental, *in casu*, refere-se à observância do regular processamento legal da denúncia por crime de responsabilidade apresentada à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal. Já no que se refere ao exame da conveniência de seu prosseguimento, o juízo é eminentemente de caráter político, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao Legislativo na análise que envolva o mérito dessas denúncias. Valho-me mais uma vez, por oportuno, de trecho do voto proferido Min. Carlos Velloso no MS 23.885/DF: “(...) também já restou decidido por essa Colenda Corte que o mérito dessa decisão de recebimento ou não da denúncia pelo Presidente da Câmara dos Deputados não pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário, na medida em que tal decisão possui natureza predominantemente política. (...) Nota-se, pois, que o ‘impeachment’ é um processo estranho ao Poder Judiciário, que começa e termina no âmbito parlamentar, por expressa disposição constitucional”.

³⁹⁹ “A denúncia é examinada por políticos, obviamente com seus critérios de interpretação política, não estritamente jurídica. Acho que, na denúncia, há imputação de fatos que caracterizam crime de responsabilidade. E só cabe ao Senado verificar se tais fatos ocorreram, ou não. Não cabe a qualquer Jurista ou Órgão Judicial. De qualquer maneira, posso opinar: se tais fatos ficaram provados nos autos, a condenação da presidente está justificada”. MOURA, Pedro Marcondes de. A tese do golpe chega a ser ofensiva. ISTO É. *PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, p. 42, ago, 2016.

⁴⁰⁰ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Crimes de responsabilidade do Presidente da República – Reflexões e subsídios para análise do processo de Impeachment de Dilma Vana Rousseff, com base na denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janáina Conceição Paschoal*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160411> Acesso em: 07 jun. 2016.

(iii) não se intente a revisão no mérito de deliberação parlamentar, competindo às Casas do Congresso Nacional, soberanamente, a valoração de fatos e provas em matéria de *impeachment*, na concretização dos conceitos indeterminados da definição legal típica dos crimes de responsabilidade, seja:

(iv) no juízo de recebimento ou não da denúncia pelo Presidente, Comissão Especial ou Plenário da Câmara dos Deputados, quanto à existência ou não de justa causa;

(v) no juízo de instauração ou não do processo pela Comissão Especial do Senado Federal, quanto à existência ou não de justa causa;

(vi) no juízo de pronúncia ou impronúncia pela Câmara Alta; ou

(vii) no juízo de condenação ou absolvição pelo Senado Federal.

Gilmar Mendes afirma que o Poder Judiciário pode fazer algumas observações pontuais no processo de *impeachment*, apenas para fazer correções de forma a fim de garantir que os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório sejam garantidos de forma absoluta. Para o mencionado autor, a análise do conteúdo, ou seja, da existência ou não de crime de responsabilidade, que constitui o julgamento do mérito do processo de *impeachment*, cabe exclusivamente ao Parlamento.⁴⁰¹

Pedro Lenza afirma que o julgamento realizado pelo Senado Federal não poderá ser alterado pelo Poder Judiciário, sob pena de ferir-se o princípio da separação de poderes. O Legislativo realiza julgamento de natureza política, levando-se em consideração critérios de conveniência e oportunidade.⁴⁰²

No julgamento do MS nº 21.689, já mencionado, proposto por Fernando Collor, o Ministro Paulo Brossard, reafirma a competência exclusiva do Senado, como Tribunal político, tendo, inclusive, o direito de errar por último, como qualquer outro Tribunal que decida em última instância.⁴⁰³

Para qualificar o argumento da competência exclusiva da “Câmara Alta” no processo e julgamento de *impeachment*, o voto faz referência a uma vasta literatura americana que

⁴⁰¹“Orientação semelhante já havia sido afirmada pelo Supremo Tribunal no Mandado de Segurança nº 20.941, no qual se observava que, embora a autoridade prévia para a instauração do processo e a decisão final fossem medidas de natureza predominantemente política – cujo mérito era insuscetível de controle judicial –, caberia ao Judiciário aferir a regularidade do processo de *impeachment* sempre que, no desenvolvimento dele, se alegasse violação ou ameaça ao direito das partes”. MENDES, Gilmar F., cit. p. 994.

⁴⁰² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 8 ed., ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 311.

⁴⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *IMPEACHMENT*. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 338-339.

corroborar este entendimento: a) Jefferson, *Manual of Parliamentary Practice*, sec. 53; b) Story, *Commentaries on the Constitution*, (1833) 1891, I: § 811; c) Tiffany, *A Treatise on Government Constitutional Law*, 1867, §§ 310 e 533; d) Cushing, *Law and Practice of Legislative Assemblies*, 1874, n. 2570; e) Von Holts, *The Constitutional Law of the United States*, 1887; f) Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, trade sp., II, 375; g) Tucker, *The Constitution of the United States*, 1899, I, § 201; h) Carrington, *Impeachment*, *American and English Encyclopaedia of Law*, 1900, XV; i) Mc Claim, *Constitutional Law*, 1907, § 25; j) Thomas, *The Law of Impeachment in the United States*, in *The American Political Science Review*, 1908, II; l) Finley and Sanderson, *The American Executive*, 1908; m) Willoughby, *the Constitutional Law*, 1929, III, n. 932, 1451, *Principles of the Constitutional Law*, 1938; n) Matheus, *The American Constitutional System*, 1940; o) Corwin, *the Constitution and what it means today*, 1954; p) Mac Donald, *American State Government*; q) Carlassare, *Responsabilità Penale dell'esecutivo e forma di governo – L'impeachment negli Stati Uniti*, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1970; r) Antieau, *Modern Constitutional Law*, 1969, II, § 12, n. 165; r) Tribe *American Constitutional Law*, 1988; s) Charles Black Jr., *Impeachment: a Handbook*, 1974,, n. 4; t) *The Law of Presidential Impeachment by the Comittee on the Federal Legislation*; u) *Record of the Association of the Bar of the city of New York*, 1974; v) *Corpus Juris*, 1928, v. 46, § 196; x) *Corpus Juris Secundum*, 1956, v. 16, § 151; z) *Corpus Juris Secundum*, 1950, v. 67, § 69.

Paulo Brossard afirma ainda que o único julgamento de *impeachment* que chegou às barras da Suprema Corte Americana, foi o caso *RITTER vs. US.*, oportunidade em que a Corte se manifestou pela tese da irreversibilidade judicial, não conhecendo do pedido, afirmando que: “o Senado era o único tribunal que poderia ter jurisdição sobre os artigos do *impeachment* apresentado para aquele corpo pelo requerente e sua decisão é final”.⁴⁰⁴

Entretanto, há controvérsia acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ser chamado para rever decisão tomada em processo de *impeachment* quando houver uma clara violação substancial das normas constitucionais, isto é, quando ocorrer uma violação tão somente à forma, às prerrogativas constitucionais da defesa.

Isto é: caberia ao Poder Judiciário se manifestar quando, no julgamento do processo de *impeachment*, ocorrerem questões que importem em violação frontal a uma norma da Constituição? No último julgamento de *impeachment* referente ao “Caso Dilma”, em que houve o “fatiamento” do artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, impedindo a

⁴⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *IMPEACHMENT*. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 340.

cassação dos direitos políticos da ex-Presidente, verificou-se a infringência da referida norma de conteúdo material, pois o Presidente do STF acolheu o pedido formulado pelo representante do Partido dos Trabalhadores.

Essa questão está judicializada, e a Corte Suprema ainda não se manifestou sobre a possibilidade de analisar a violação de norma constitucional de conteúdo material, que se refere ao mérito do próprio *impeachment*.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal pode interferir no julgamento de *impeachment* quando houver violação de preceitos formais da Constituição Federal, porque a Corte não pode permitir atos arbitrários praticados à margem da Carta Política, em razão da garantia do devido processo legal e ampla defesa. Direitos fundamentais do acusado, em qualquer processo, seja judicial, administrativo ou político.

Por exemplo, o Senado Federal não pode alterar o quórum de dois terços estabelecido para a condenação ou absolvição do acusado, não pode alterar as normas do procedimento de votação para o acolhimento ou não da pronúncia, bem como não pode alterar a forma de votação dos quesitos que integram a sanção do *impeachment*.

Essa é a posição de Bernardo Gonçalves, para quem o Supremo Tribunal Federal pode intervir no processo político se as regras de procedimento não forem observadas pelo Senado Federal.⁴⁰⁵

Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁴⁰⁶ não há possibilidade de revisão do mérito político da questão, ou seja, não pode a palavra final acerca da existência ou não do crime de responsabilidade, ser transferida para o Poder Judiciário, porque se isso fosse possível, o processo deixaria de ser político e passaria a ser jurídico. Só quem pode absolver ou condenar um Presidente da República pelos atos que atentem contra a Constituição Federal, previstos no seu artigo 85, é o Senado Federal.

⁴⁰⁵ “O STF se posicionou pela impossibilidade de alteração (reforma) da decisão do Senado em processo de crime de responsabilidade do Presidente da República. Aqui temos que o STF não pode adentrar no mérito da decisão do Senado, mesmo porque ele (STF) por dicção constitucional não é instância reformadora da decisão emanada pelo Senado (que no caso é instância originária e única). Porém, devemos deixar assente que o STF obviamente pode sim adentrar nos pressupostos de legalidade (aspectos procedimentais) da medida que é tomada pelo Senado. Ou seja, entendemos que se a decisão do Senado desrespeitar o contraditório e ampla defesa e o devido processo legal a mesma deve ser passível de controle pelo STF”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves, cit. 905.

⁴⁰⁶ É pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de conhecimento desse tipo de *writ* em processos de *impeachment* ou que visem a responsabilização política de parlamentares, mas sem jamais adentrar no mérito da questão, tendo a Corte limitado sua atuação à garantia de defesa ampla dos acusados. QUEIROZ FILHO, Gilvan C. *O Controle Judicial de Atos do Poder Legislativo. Atos Políticos e Interna Corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 159. (Grifei).

Caso o Poder Judiciário pudesse ingressar no mérito do julgamento realizado pelo Senado Federal, não haveria significado algum a Constituição da República ter tido o cuidado de estabelecer as competências de cada uma das Casas do Congresso, nos julgamentos das infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente da República. Essa é a conclusão a que chegaram os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mencionado MS 21.564, impetrado por Fernando Collor.

O Ministro Aldir Passarinho destaca a possibilidade de ocorrência de crises institucionais que o processo de *impeachment* do Presidente da República é capaz de produzir: “Cuida-se de abrir um processo, de imensa gravidade, é um processo cuja abertura, por si só, significa uma crise.”⁴⁰⁷

O Ministro Teori Zavascki sumariza a necessidade de se resguardar o direito de defesa dos Chefes de Executivo acusados do cometimento de crimes de responsabilidade, nos seguintes termos:

Em processo de tamanha magnitude institucional, que põe a juízo o mais elevado cargo do Estado e do Governo da Nação, é pressuposto elementar a observância do devido processo legal, formado e desenvolvido à base de um procedimento cuja validade esteja fora de qualquer dúvida de ordem jurídica.⁴⁰⁸

Portanto, em processos de *impeachment*, o direito de defesa deve ser exercido em toda a sua amplitude, em virtude da necessidade de se preservar o mais alto cargo da nação, isto é, a Presidência da República.

⁴⁰⁷ STF, MS 20.941, Relator Min. Aldir Passarinho, Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1990, DJ 31-08-1992.

⁴⁰⁸ STF, Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.837 DF, Relator Min. Teori Zavascki. Decisão proferida em 12/10/2015.

10. Crítica ao modelo de *impeachment* adotado pela Constituição Brasileira

Depois da consumação do *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, muitos jornalistas escreveram artigos em revistas de projeção nacional, tecendo severas críticas ao modelo de impedimento adotado pelos artigos 52 e 86 da Constituição Federal.

A nossa Carta Maior atrela a perda do cargo de Presidente da República aos crimes de responsabilidade, todavia, o Chefe da nação não será julgado por juízes constitucionais, mas pelos Senadores da República, os quais nem sempre têm conhecimento jurídico para fazer uma análise técnica das infrações descritas no seu artigo 85. Sustentam ainda os críticos que os Senadores também não possuem isenção para formular um juízo imparcial porque pertencem a diversos partidos políticos, comprometidos com interesses escusos.

Ficam sujeitos à decisão do Tribunal de Contas da União que poderá ser afetado, também, por valorações de ordem política. Apesar de os Senadores possuírem relatórios técnicos provenientes não somente desta Corte de Contas, também poderão ser auxiliados por perícia feita por peritos nomeados pela Comissão processante do *impeachment*.

O problema, no entanto, reside no fato de que os Senadores não precisam fundamentar o voto, como ocorre nos julgamentos judiciais, que exigem uma sólida fundamentação, sobretudo, quando proveniente das Cortes Constitucionais, que ultimamente têm se debruçado sobre temas relevantes, construindo longas decisões de forma interpretativa-argumentativa dos abertos conceitos da Lei Fundamental.

Esse modelo de *impeachment* norte-americano, para alguns, precisaria ser revisto, para que coubesse ao Supremo Tribunal Federal o julgamento dos crimes de responsabilidade, e ao Senado, depois da conclusão da Corte Excelsa, dizer da conveniência e oportunidade do afastamento do Presidente da República.

Invoca-se o modelo italiano, cujo arranjo institucional parlamentarista, não permite que o Senado, de forma solitária e soberana, destitua o Chefe de Estado, já que a Chefia de governo pertence ao Primeiro Ministro. Na Itália, o modelo constitucional prevê o julgamento do Presidente da República – Chefe de Estado – pela Corte Constitucional, que é auxiliada por jurados populares, conforme disposto no artigo 90 da Constituição daquele país, para os casos de: “Atentado contra a Constituição e alta traição”. No conteúdo, igual ao *impeachment*

inglês que o criou para coibir *high crimes and mesminors*, porém, no processamento, possui uma forma mista de operacionalização.

A realização de um *impeachment* na Itália ocorre quando um cidadão apresenta uma denúncia contra o Presidente da República, cujo rito é composto de uma fase preliminar de admissibilidade no Parlamento, que é precedida pela análise de uma comissão especial mista de Deputados e Senadores, a qual poderá arquivar o respectivo pedido ou propor o prosseguimento da acusação.

Ato contínuo, o Parlamento se reúne para deliberar, em decisão de natureza política, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, se autoriza ou não o julgamento pela Corte Constitucional. Esta Corte não será formada só dos Juízes Constitucionais. Para o julgamento do Presidente da República, a Corte adquire uma composição especial, agregando aos seus quinze Ministros togados, mais dezesseis jurados populares, escolhidos por sorteio em lista de cidadãos comuns, dotados dos requisitos de elegibilidade para o cargo de Senador da República.

A história política italiana não registra sequer um julgamento de *impeachment* de Presidente da República. Não há caso de que o Presidente tenha sido submetido a um *messio in stato di accusa*. Contra o ex-Presidente Giorgio Napolitano foi proposta uma denúncia, a qual foi arquivada.

Outro ex-Presidente, Francesco Cossiga, renunciou ao mandato antes do seu recebimento, posto que fora acusado de envolvimento, no tempo da Guerra Fria, com organização secreta de espionagem conhecida por Gládio.

Destarte, na Itália, a última palavra acerca do julgamento por crime de *impeachment* é da Corte Constitucional e só ela está tecnicamente legitimada a dar a palavra final sobre a violação à Constituição ou cometimento de traição contra o Estado.

Portanto, a crítica ao sistema de afastamento do cargo de Presidente da República, realizada no Brasil unicamente pelo Senado Federal, é feita no sentido de produzir julgamentos injustos, fraudes, golpes de Estado, como bem reverberou a defesa da ex-Presidente Dilma Rousseff, um verdadeiro golpe parlamentar, golpe de Estado, golpe à democracia.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ “Estranho é o nosso Supremo Tribunal, apesar da garantia pétrea de nenhuma lesão ou ameaça de lesão a Direito poder ser excluída da apreciação do Judiciário, ter no caso do *impeachment* de Dilma decidido, incidentalmente, caber soberanamente ao Senado o julgamento sem possibilidade de revisão pelo mérito. No

Para os que são contrários ao modelo atual de *impeachment* adotado pelo Brasil, o julgamento político-jurídico, realizado pelos Senadores, equivale a uma “guilhotina política” do Chefe da nação, eis que os interesses em jogo nem sempre são republicanos, pois, na maioria das vezes, o que se procura é a tomada do poder por pessoas que não conseguiram lograr êxito eleitoral pelas urnas, fazendo do processo de impedimento o terceiro turno das eleições.

No entanto, este é o nosso modelo, porque o Congresso Nacional não teve interesse em regulamentar os crimes de responsabilidade de Presidente da República, vigorando ainda a Lei nº 1.079 de 1950, apesar das ressalvas de inconstitucionalidade realizadas pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378.

Ademais, há uma argumentação generalizada, sobretudo de intelectuais ligados à ideologia de esquerda, muito verbalizada no julgamento da ex-Presidente Dilma Rousseff, contrários à ideia de que o Supremo Tribunal Federal, apesar da garantia pétrea da inafastabilidade da jurisdição, tenha se manifestado no sentido de que não possa revisar o julgamento do mérito do processo de *impeachment*, alegando que a questão fundamental de direito fica relegada, pois a parte técnica acaba contando pouco, ou mesmo, valendo somente como “pano de fundo” para a destituição do poder, de governos impopulares.⁴¹⁰

Assim, necessário seria que os Senadores se comprometessem com a análise jurídica dos crimes de responsabilidade, com muita seriedade, para só depois passar a analisar os fatos políticos que dão ensejo a um tipo tão tormentoso de julgamento como é o caso do *impeachment*.

Todavia, sempre resta uma dúvida, se num julgamento realizado por um órgão político, motivado por razões políticas, haverá este comprometimento com a comprovação da existência dos fatos e da sua subsunção legal, uma vez que, repita-se, não existe a necessidade

caso, a questão fundamental é de Direito, sobre a tipicidade ou atipicidade das pedaladas fiscais e dos três decretos suplementares. A última palavra dada por políticos leva sempre ao risco de injustiças e eternas desconfiças. Nos EUA, após o assassinato de Abraham Lincoln (1865), conseguiu se livrar do *impeachment* seu ex-vice-presidente, num ambiente carregado de rancores decorrentes da Guerra de Secessão. Como regra, não dá para considerar senadores, filiados a partidos políticos, como juízes isentos. MAIEROVITCH, Wálter Franganiello. E fez-se o caos. *CARTA CAPITAL. A FARSA TRÁGICA*. ANO XXII Nº 917, p. 27. Set. 2016.

⁴¹⁰ “No sistema constitucional brasileiro e numa única operação mental, são os senadores legitimados a julgar jurídica e politicamente. Como os nossos 81 senadores não precisam motivar o voto, acaba o técnico jurídico contando pouco. Assim, ocorre um primeiro desvirtuamento, pois a lógica seria, uma vez tipificado o crime de responsabilidade, passar a apreciar, politicamente, a conveniência e oportunidade para a condenação ou absolver”. Idem, *ibidem* p. 27.

de fundamentação da decisão que julga procedente o impedimento do Presidente da República.

11. O *recall* como alternativa ao sistema presidencialista

O sistema presidencialista brasileiro, tal como concebido pelos “federalistas” americanos, não contempla a possibilidade de *impeachment* como forma de retirada de cargo público de governante impopular. A democracia contempla a necessidade de eleições periódicas para a averiguação do desempenho de governos legitimamente eleitos. O *impeachment* não se presta para extirpar um mandato de governante legitimamente eleito e que não esteja agradando a população, por escolhas políticas inadequadas.

Não se pode usar o *impeachment* como sucedâneo do *recall* ou do referendo revogatório do mandato presidencial, porque a nossa Constituição da República somente admite a instauração de processos de impedimento em face da prática de crimes de responsabilidade.

O sistema norte-americano contempla a possibilidade do *recall* que serve para revogar mandatos eletivos em andamento. Em situações específicas, a lei permite a convocação de eleitores para se pronunciarem sobre a viabilidade da manutenção do mandato até o seu termo final. Convoca-se o referendo no qual os eleitores se pronunciam sob a possibilidade de manter-se o agente público no cargo. Se aprovado, o mandato será revogado, se rejeitado, mantém-se o mandato. Nos Estados Unidos da América não é possível a realização do *recall* para retirada do Presidente da República e das altas autoridades federais dos respectivos cargos.

É mais comum nos Municípios (cerca de mil Municípios contêm a previsão legal); também está previsto para os Estados (cerca de doze Estados contêm a previsão). É possível, da mesma forma, revogar mandato de juízes diretamente eleitos, como ocorre nos Estados da Califórnia, Colorado e Oregon.⁴¹¹

⁴¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. Ed. São Paulo:Malheiros, 2003, p. 292-293.

Alguns países latino-americanos adotam a possibilidade de *recall* presidencial para revogar antecipadamente mandatos presidenciais, sem a necessidade da prática de crimes de responsabilidade, como se exige para aprovação de um processo de *impeachment*.

Estes países seguem o marco teórico denominado de “novo constitucionalismo”, ou “neoconstitucionalismo”, contemplando suas Constituições a possibilidade conjunta do *impeachment* e do *recall*, onde cada um dos institutos tem a sua finalidade específica. Vários países adotam o modelo duplo de destituição do agente político antes do final do mandato: Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.⁴¹²

A Constituição colombiana de 1991, no artigo 103, contempla a possibilidade de revogação do mandato presidencial como mecanismo de participação popular, deixando a forma de processamento para a lei ordinária.

A Constituição da venezuelana de 1999, no artigo 72, prevê possibilidade de revogação de mandato do Presidente da República, sendo exigida petição pública subscrita por pelos menos 20% (vinte por cento) do eleitorado para obrigar a realização do *recall*, não sendo permitido a utilização do instituto por mais de uma vez durante o mesmo mandato.

A Constituição equatoriana de 2008, artigo 105, dispõe que o mandato pode ser revogado mediante a convocação de pelos menos 10% (dez por cento) do eleitorado, número aumentado para 15% (quinze por cento) no caso de *recall* presidencial.

Está previsto no artigo 106 que a revogação do mandato só poderá ser aprovada pela maioria absoluta do eleitorado. Ainda no Equador existe a possibilidade de a Assembleia Nacional destituir o Presidente por 2/3 de seus membros em casos de grave crise política, comoção interna ou usurpação de funções constitucionais.

Em tal caso, o Conselho Nacional Eleitoral deve convocar eleições gerais para a Presidência e o Parlamento na mesma data. O artigo 148 da mesma Carta Política permite que o Presidente possa dissolver a Assembleia Nacional e, também neste caso, convocar novas eleições gerais, inclusive para a Presidência da República.⁴¹³

A Constituição boliviana de 2009, artigo 240, permite o *recall*, deixando a sua regulamentação para a lei ordinária. Qualquer agente público pode sofrer a revogação do mandato, à exceção do Poder Judiciário. Todavia, no modelo constitucional da Bolívia, não é

⁴¹² BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 15

⁴¹³ Idem, *ibidem*, 205.

possível utilizar-se do instituto logo na primeira metade do mandato e não pode ocorrer no último ano. O procedimento requer a participação de pelos menos 15% (quinze por cento) do eleitorado e só pode ocorrer uma vez durante o curso do mandato.

A Constituição da República brasileira não contempla a possibilidade de referendo revogatório de mandato presidencial, e nem de Governadores, Prefeitos, Juízes ou qualquer agente político. Nossa Carta Política prevê a possibilidade de consulta popular através do plebiscito e do referendo, com outras finalidades diversas da revogação de mandato eletivo.

Com efeito, o *recall* difere essencialmente do *impeachment*, pois não requer a prática de crimes de responsabilidade como está previsto na Constituição e na Lei nº 1.079/50, para os casos de Presidentes da República; ou somente na referida Lei nº 1.079/50, para os casos de Governadores; ou Decreto-Lei 201/67, quando se tratar de casos de Prefeitos.

Através do referendo revogatório, revoga-se antecipadamente o mandato eletivo, com base em razões de conveniência e oportunidade políticas, eliminado-se do cargo o agente político eleito que não mais possui condições de governabilidade.

Este procedimento é de natureza eminentemente política e não requer vinculação com a prática de ilícitos jurídicos. A sua prática é uma afirmação da soberania do povo, legítimo dono do poder político, sendo alternativa concedida por algumas Constituições, para resolver crises incontornáveis decorrentes do sistema presidencialista de governo.

Portanto, esta tese defende a inclusão no nosso sistema político do *recall* ou referendo revogatório, máxime se considerando a falta de apoio popular de alguns Presidentes, a fim de evitar-se os transtornos criados pelo traumático processo de *impeachment*. Portanto, a nossa Constituição da República poderia sofrer uma modificação para este fim.

CAPÍTULO III - A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: “CASO COLLOR”

1. A ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil

O instituto do *impeachment* foi utilizado contra o ex-Presidente Fernando Collor e em certa medida marcou a consolidação da democracia no país, sendo o primeiro Presidente eleito depois do regime militar e o primeiro a sofrer *impeachment* no Brasil e na América Latina.

Fernando Collor tomou posse na Presidência da República em 15 de março de 1990 e passou mais de dois anos no exercício do cargo, até ser destituído pelo Senado Federal em 29 de dezembro de 1992.⁴¹⁴

O processo do ex-Presidente Fernando Collor ocorreu após as conclusões de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, destinada a apurar as denúncias feitas por Pedro Collor de Mello, irmão do ex-Presidente, o qual delatou a existência de uma rede de corrupção capitaneada por Paulo César Farias, ex-tesoureiro do então Presidente, dando ensejo à abertura de investigações que revelaram a existência de várias contas “fantasmas” em nome de pessoas da confiança de Fernando Collor.

Prosseguindo-se nas investigações na Câmara dos Deputados foi constatada a incompatibilidade entre os rendimentos e despesas de Fernando Collor, descobrindo-se que as sobras de dinheiro da campanha política de 1989 foram utilizadas para pagá-las, bem como para custear a espetacular reforma da “Casa da Dinda”, em clara afronta à legislação eleitoral.

Demonstrou-se que os recursos angariados com as empreiteiras não foram declarados, formando aquilo que se convencionou chamar de “Caixa 2”.

⁴¹⁴ O Parecer favorável ao processo de *impeachment* de Fernando Collor foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados por 32 votos a favor, 1 contra e 15 ausências, no dia 24 de setembro de 1992, e em plenário por 441 votos a favor, 38 contra, 1 abstenção, e 23 ausências, no dia 29 de setembro de 1992, de autoria do então Deputado Federal Nelson Jobim. A íntegra do parecer pode ser obtida em BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Seção I. Diário da Câmara dos Deputados n. 159. 26 set. 1992. Sessão de 25 set. 1992, p. 21943-21954.

Com as investigações, foi descoberto que Paulo César Farias possuía contas bancárias com saldos milionários, levando-se a crer que o ex-tesoureiro do então Presidente, operava um esquema de corrupção envolvendo cobrança de propinas de empresas particulares, a fim de facilitar a celebração de vultosos contratos com a União Federal e as suas empresas públicas.

Apurou-se também que Paulo César Farias operava um mega esquema de desvio de recursos públicos destinados à execução de obras públicas em diversos Ministérios. Comprovou-se que o ex- Presidente recebeu, ilicitamente, um Fiat Elba adquirido por Paulo César Farias com recursos públicos.

Após a conclusão dos trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, os juristas Barbosa Lima Sobrinho e Marcelo Lavenère Machado, ingressaram com uma ação de *impeachment* perante a Câmara dos Deputados, com base em cinco pontos: 1º) Vantagens indevidas provenientes do esquema de corrupção montado por Paulo César Farias, tendo a Comissão de Inquérito apurado que o ex-Presidente havia de forma direta ou indireta, percebido seis milhões e meio de dólares; 2º) Tráfico de influência do ex-Presidente da República obtido através de provas emprestadas da Comissão de Inquérito; 3º) Afirmação feita pelo ex-Presidente em cadeia de rádio e televisão no sentido de que suas despesas pessoais não eram pagas com recursos próprios, mas com recursos oriundos de terceiros e de esquemas palacianos; 4º) O ex-Presidente teria mentido para a nação porque não coincidiam suas afirmações com as provas apuradas pela Comissão Parlamentar de Inquérito de que na conta bancária da secretária do ex-Presidente não havia nenhum depósito feito pelo Sr. Cláudio Vieira; 5º) Falta de decoro e de dignidade para o exercício do cargo.

2. Recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados

Em parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados para o recebimento da denúncia proposta contra Fernando Collor, foi analisada a competência da Câmara Federal para admitir a acusação com a finalidade de autorizar a instauração do processo e do julgamento perante o Senado Federal. Ficou determinado que esta competência se constitui na emissão de um juízo de admissibilidade que se decompõe em dois subjúzos relativamente

autônomos, mas com forte relação de subordinação:⁴¹⁵ “(...) o primeiro, de natureza jurídica, diz com as condições para o recebimento da denúncia; o segundo, de natureza política, diz com a conveniência e a oportunidade da instauração do processo de impedimento”.

Após a constatação da existência das condições político-jurídicas para o recebimento da denúncia, foi proferido o parecer pela admissibilidade política e jurídica da acusação e pela consequente autorização para a instauração pelo Senado Federal, do processo por crime de responsabilidade promovido pelo Senhores Barbosa Lima Sobrinho e Marcelo Lavenère Machado contra o Senhor Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Mello.⁴¹⁶

O parecer da Comissão da Câmara dos Deputados, presidida pelo Deputado Nelson Jobim, concluiu pelo recebimento da denúncia promovida contra o ex-Presidente, e, no tocante à natureza mista do instituto de *impeachment*, afirmou que os juízos político e jurídicos são relativamente autônomos, mas com forte relação de subordinação.⁴¹⁷

Nesta fase, a Câmara dos Deputados emitiu um juízo eminentemente político, autorizando o Senado Federal a promover o processo e julgamento do ex-Presidente da República.

3. Argumentos utilizados pela defesa de Fernando Collor perante a Câmara dos Deputados

Na fase inicial do processo de *impeachment* referente ao juízo de admissibilidade da acusação, o ex-Presidente Fernando Collor ingressou com um Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando o reconhecimento do seu direito de defesa antes da apreciação da denúncia pela Câmara dos Deputados.

Requeru, ainda, informações acerca do tipo de votação dos representantes do povo, ou seja, se seria aberta ou fechada.

⁴¹⁵ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Seção I. Diário da Câmara dos Deputados n. 159. 26 set. 1992. Sessão de 25 set. 1992, p. 21948.

⁴¹⁶ Idem, *ibidem*. p. 21943-21953.

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*. p. 21943-21948.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito de defesa mesmo nesta primeira fase do procedimento, deferindo o prazo de dez sessões para a apresentação da contrariedade, aplicando analogicamente o artigo 217 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

A argumentação da Corte Excelsa foi baseada na importância do direito de defesa em face das graves consequências trazidas através de um processo de *impeachment*.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de voto secreto proposto pelo ex-Presidente Fernando Collor, e o fez com base na Lei nº 1.079/50 estabelecendo que a votação seria aberta e nominal.⁴¹⁸

Neste Mandado de Segurança o Ministro Paulo Brossard arguiu a impossibilidade de conhecimento do *mandamus*, alegando que a matéria debatida em juízo possuía caráter eminentemente político, tendo sido voto vencido na Suprema Corte.⁴¹⁹

O denunciado sustentou que faltava aos cidadãos Marcelo Lavenère Machado e Barbosa Lima Sobrinho, legitimidade para acusá-lo, alegando que competia somente ao Ministério Público Federal a propositura da ação de *impeachment* perante o Senado Federal. Essa segunda alegação, de falta de legitimidade dos denunciantes, também foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança.

A seguir, a defesa investiu contra o relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, argumentando que este instrumento era mero palanque político. Em momento algum, o ex-Presidente se reportou aos conteúdos materiais afirmados e coligados pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Sustentou ainda a defesa do ex-Presidente da República que a Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade, não estaria em vigor, inexistindo por isso, no sistema jurídico brasileiro uma definição dos crimes de responsabilidade.

Invocou também o princípio da reserva legal, aduzindo inexistir crime sem prévia definição legal. Alegou ainda que os ilícitos e os fatos narrados na denúncia, por mais graves que fossem não constituíam crimes de responsabilidade, porque a lei definidora de tais crimes estava revogada pela Emenda Parlamentarista de 1961. Alegou ainda que não lhe foi assegurado o sagrado direito de defesa.

⁴¹⁸ MS – MC-QO 21.564/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 27-08-1993.

⁴¹⁹ “Orientação semelhante já havia sido afirmada pelo Supremo Tribunal no Mandado de Segurança n. 20.941, no qual se observa que, embora a autoridade prévia para a instauração do processo e a decisão final fossem medidas de natureza predominantemente política - cujo mérito era insuscetível de controle judicial -, caberia ao Judiciário aferir a regularidade do processo de *impeachment* sempre que, no desenvolvimento dele, se alegasse violação ou ameaça ao direito das partes.” MENDES, Gilmar F., cit., p. 994.

4. Argumentos utilizados pela Câmara dos Deputados para receber a denúncia de Fernando Collor

Os argumentos jurídicos que levaram a Câmara dos Deputados a acolher o *impeachment* de Fernando Collor foram basicamente dois, a saber: ter permitido de forma expressa ou tácita, a infração da lei e da ordem pública, e ter ele procedido de modo incompatível com a dignidade, a honra e a decência do cargo, conforme a previsão constante dos artigos 7º e 9º da Lei nº 1.079/50.

5. Argumentos utilizados pela defesa de Fernando Collor perante o Senado Federal

O ex-Presidente Fernando Collor realizou a sua defesa perante o Senado Federal, em duas frentes de batalha, sendo a primeira jurídica e a segunda política.

Na defesa jurídica foram utilizados argumentos de direito processual e de direito material. O ex-Presidente Fernando Collor aduziu que as garantias processuais previstas na Constituição, relativas ao direito de defesa, não foram devidamente observadas, posto que não obteve acesso aos documentos da acusação, e que não foram cumpridos os prazos a que tinha direito, em face da rapidez e açodamento do processo, sendo tal fato reconhecido pelo jurista Celso Ribeiro Bastos.⁴²⁰

A defesa do ex-Presidente alegou, ainda, que a Constituição foi rasgada, as demais leis foram ignoradas,⁴²¹ e que a inobservância das formalidades legais constituiu uma violação ao

⁴²⁰“O conceito de ampla defesa foi consideravelmente restringido no caso do presidente Collor, pela decisão do Supremo Tribunal Federal que, não obstante lhe tenha outorgado prazo superior a cinco dias para se manifestar sobre as acusações, não lhe permitiu o acesso aos documentos da acusação. Na ocasião, os políticos enquistados no poder queriam o julgamento antes das eleições, marcadas para alguns dias depois, objetivando retirar dividendos eleitorais do episódio. Apenas três ministros da Suprema Corte exararam decisões eminentemente jurídicas, reiterando a jurisprudência tradicional, no sentido de que a ampla defesa deveria ser admitida em todas as instâncias, e admitiram o acesso aos documentos (Ministro Moreira Alves, Octávio Gallotti e Ilmar Galvão). Os demais não hospedaram a tese do acesso documental, com o que, seis dias antes das eleições de 1992, pôde ser admitido o pedido de impeachment do presidente Collor”. COLLOR DE MELLO, Fernando A. *Relato para a História. A verdade sobre o processo do impeachment*. Brasília: Senado Federal, 2007. p. 76.

⁴²¹“O açodamento encobria o propósito de violar os mais elementares direitos de quem estava em casa. A impor o prazo de cinco sessões à defesa, ao negar acesso aos autos da pretensa denúncia, e ao não permitir a realização de diligências nem aceitar a indicação de provas e testemunhos, aquele que deveria servir de juiz e dirigir a

Estado Democrático de Direito,⁴²² tendo sido instalado um verdadeiro “tribunal de exceção” para o seu julgamento.⁴²³

E mais, alegou que nem o princípio da presunção de inocência e nem o *in dubio pro reo* foi observado no processo que lhe retirou o cargo de Presidente da República.⁴²⁴

O ex-Presidente Fernando Collor revogou o mandato inicialmente concedido aos causídicos Antonio Evaristo de Moraes Filho e José Guilherme Villela. O relator do processo perante o Senado Federal nomeou como defensor dativo o jurista Inocêncio Mártires Coelho que formulou a defesa do acusado.⁴²⁵

Dentro da defesa indireta, isto é, a processual, o acusado arguiu a suspeição dos Senadores que participaram da Comissão Parlamentar de Inquérito, cujo relatório final serviu de base para o pedido de *impeachment* votado na Câmara. Nesse ponto da defesa, o jurista Inocêncio Mártires Coelho sustentou que os Senadores não podiam agir com suspeição porque o processo de *impeachment* não pode ser revisto pelo Poder Judiciário.⁴²⁶

decisão sobre o pedido de instauração do processo contra o presidente da República ignorava ao mesmo tempo, tanto expressas disposições regimentais daquela Casa, quando provisões da Constituição federal. (...) E o que aconteceu de equivocado, Senador Garibaldi, foi exatamente a violação, a violentação da nossa Constituição e das leis vigentes no País”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 43 e 72.

⁴²² “O que houve foi uma violação, uma violência cometida contra o Estado de direito Democrático’. Idem, *ibidem*, p. 38.

⁴²³ Idem, *ibidem*, p. 44.

⁴²⁴ “Nem a presunção de inocência, nem o *in dubio pro reo* lhe podem valer, como valem para todos os denunciados da prática de crime. Ele há de ser condenado, porque o processo é político e não jurídico, vale dizer, todos os meios serão válidos, porque postos a serviço de uma finalidade política da maior transcendência _ a deposição do réu Presidente, de preferência antes do raiar do Ano novo”. Defesa proferida pelo jurista Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do Presidente Fernando Collor de Mello.

⁴²⁵ “Mais adiante, em lúcido Memorial que fizeram chegar às mãos de Vossas Excelências, novamente os ex-patronos do réu Presidente denunciaram as limitações que sofreram para a plena defesa de seu constituinte, como alertando a todos para os riscos de uma condenação passível de críticas e até mesmo de nulidade, porquanto já decidiu o Supremo Tribunal Federal, neste mesmo episódio, não estar imune ao controle da Corte processo algum, mesmo os de índole política, como o é o de impeachment, sempre que no seu curso, ou no seu desfecho, se cometam violações aos direitos assegurados pela Constituição. (...) Lamentavelmente, o limite imposto por lei ao exame da matéria de fato, em ações de mandado de segurança, não permitiu à maioria dos componentes do pretório Excelso aquilatar as intoleráveis restrições sofridas pela defesa do Sr. Fernando Collor de Mello, desde o processamento, na Câmara de Deputados, do pedido de autorização para o processo de impeachment. Relembre-se que, naquela ocasião, o advogado do Presidente da República não teve sequer acesso aos documentos que serviram de base para o relatório da CPI mista. (...) O mais emblemático cerceamento de defesa, porém, consistiu em se lhe negar o prazo de apenas 24 horas que fora pedido para pronunciar-se, antes da votação do parecer do Relator, sobre o importante depoimento que havia sido prestado pelo ex-ministro Marques Moreira”. Defesa proferida pelo jurista Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

⁴²⁶ “O fato de no processo de *impeachment* ser cominada uma sanção política, cujo mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, impõe maior cautela quanto à imparcialidade dos Senadores, porque ficam eles revestidos da condição de juízes soberanos da existência ou não do crime de responsabilidade atribuído ao acusado. Para proferir esse juízo de tão graves consequências jurídicas e políticas, os Senadores não podem incidir em incompatibilidades ou impedimentos legais nem em causas de suspeição”. Defesa proferida pelo jurista

Esse argumento foi rejeitado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. O acusado ingressou com outro Mandado de Segurança para a Suprema Corte que indeferiu o pedido do ex-Presidente Fernando Collor, com base em dois argumentos: o primeiro desconsiderou a alegação de que os Senadores eram seus inimigos, aduzindo que não se aplicavam ao processo de *impeachment*, as regras de suspeição, visto que o Senado é um Tribunal Político e não um tribunal comum. Já o segundo argumento foi rechaçado sob a alegação de que a Lei nº 1.079/50 não impedia que participasse de julgamento Senador que tivesse atuado na Comissão Parlamentar de Inquérito.

Na defesa de mérito alegou inocência perante o Senado Federal. Negou a autoria e a materialidade da acusação, afirmando que não havia cometido crime comum ou crime de responsabilidade que produzisse a perda do cargo político.⁴²⁷

Sustentou que não permitiu, nem de forma tácita nem de forma expressa, a violação de lei federal de ordem pública, tendo tomado a iniciativa de determinar, *incontinenti*, a apuração, sem ressalvas, de todos os fatos denunciados.⁴²⁸

Argumentou, ainda, que os dispositivos da Lei nº 1.079/50, que regulamenta os crimes de responsabilidade - conhecida como Lei do *impeachment* - são indefinidos, ressaltando que estes deixavam de se ajustar às exigências constitucionais de uma definição prévia do crime.

Os acusadores rebateram estes argumentos alegando que o Código Penal continha expressões vagas tais como “mulher honesta” ou “motivo fútil”, e que a vagueza dessas expressões não impedia os Tribunais criminais de chegarem aos seus veredictos. Ainda sobre a defesa de mérito, o defensor dativo, Inocêncio Mártires Coelho, afirmou que o acusado não cometeu crime de responsabilidade, por não ter violado a Constituição e as leis, em virtude de ter recebido vantagem indevida oriunda das atividades ilícitas atribuídas ao ex-tesoureiro da campanha, Paulo César Farias.⁴²⁹

Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

⁴²⁷ “A conclusão, lógica, inevitável e irretorquível é a de que, ao contrário do que me acusam, não permiti, nem de forma tácita nem de forma expressa, a violação de nenhuma lei federal de ordem pública. Tomei imediatamente a iniciativa de determinar, *incontinenti*, a apuração, sem ressalvas, de todos os fatos denunciados”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 20.

⁴²⁸ “A conclusão, lógica, inevitável e irretorquível é a de que, ao contrário do que me acusaram, não permiti, nem de forma tácita nem de forma expressa, a violação de nenhuma lei federal de ordem pública. Tomei imediatamente a iniciativa de determinar, *incontinenti*, a apuração, sem ressalvas, de todos os fatos denunciados”. Idem, *ibidem*, p. 20.

⁴²⁹ “Quanto ao que, efetivamente, se apurou ao longo deste tormentoso processo - única base segura para legitimar o veredicto final -, indaguemos se, comprovadamente, o acusado cometeu os crimes de responsabilidade que lhe são atribuídos, em ordem a ter perdido a confiança e o respeito de seus concidadãos;

Com relação aos argumentos de defesa de cunho político, aduziu o ex-Presidente que seus adversários políticos objetivavam, com o processo de *impeachment*, realizar o terceiro turno dos pleitos de 15 de novembro e 17 de dezembro de 1989,⁴³⁰ bem como transformaram a Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada para apurar as denúncias de Pedro Collor de Mello, numa farsa para retirar da Presidência da República,⁴³¹ quem não conseguiram afastar pelo voto soberano das urnas.⁴³²

Em outro momento o ex-Presidente disse que o processo de *impeachment* que o afastou do cargo foi produzido com o escopo de afastar do exercício da Presidência, alguém que fora alçado ao cargo por expressiva vontade popular revelada pelas urnas.⁴³³

Ainda sustentou ser vítima de preconceito⁴³⁴ e de rancor dos derrotados pelas urnas,⁴³⁵ e que o processo foi utilizado como vingança política, afirmação pessoal e desforra de seus adversários.⁴³⁶

O defensor dativo Inocêncio Mártires Coelho reforçou os argumentos já bem delineados pelos grandes juristas que o antecederam e chamou a atenção do Senado Federal para a possibilidade de se criar precedente judicial, diante de um julgamento da envergadura

indaguemos, também, se, comprovadamente, o acusado violou a Constituição e as Leis, que se comprometeu a respeitar no solene juramento de posse, em ordem a justificar a sua deposição da Presidência da República. A resposta a essas indagações é uma só e taxativamente negativa: Não, não ficou provado, acima de qualquer dúvida razoável, tenha o acusado recebido vantagem indevida, oriunda das atividades ilícitas atribuídas ao Senhor PAULO CÉSAR FARIAS”. Defesa proferida pelo jurista Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

⁴³⁰ COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 77.

⁴³¹ “Em face da falta de provas materiais para condenar-me por atos cometidos no exercício da Presidência da República, restou o recurso de reeditar o mesmo roteiro da CPMI que, entre 1º de junho e 28 de agosto, investigou as denúncias contra Paulo César Farias. Idem, ibidem, p.60-61.

⁴³² “Mas o único critério que orientava a maioria, era o que demonstrava ser o desejo da maioria – o de afastar da Presidência, quem não conseguiram afastar pelo voto soberano das urnas”. Idem, ibidem, p. 55.

⁴³³ “Na votação do pedido do meu impeachment pela Câmara dos Deputados, vários e bravos companheiros também demonstram a absoluta convicção, a absoluta certeza de que o que estava se desenrolando era algo que visava, única e exclusivamente, a retirar da Presidência alguém que havia sido para ela legitimamente eleito (...).” Idem, ibidem, p. 40.

⁴³⁴ “A crônica do processo contra mim intentado foi, como provarei, uma litania de abusos e preconceitos, uma sucessão de ultrajes e um acúmulo de violações das mais mezinhas normas legais, uma sucessão, enfim, de afrontas ao Estado de direito democrático, como demonstrarei”. Idem, ibidem, p. 07.

⁴³⁵ “O farei mais sobre os atos do que sobre os fatos que levaram, primeiro ao meu afastamento do governo e depois à minha renúncia, em decorrência do primeiro processo de ‘impeachment’ de um chefe de Governo que teve curso e consequência, em nossa mais que centenária República. Confrangido algumas vezes, contrafeito outras, mas calado sempre, assisti, ouvi e suportei acusações, doestos e incriminações dos que, movidos pelo rancor, aceitaram o papel que lhes foi destinado, na grande farsa que lhes coube protagonizar. Idem, ibidem, p. 06.

⁴³⁶ “Referindo-se ao Deputado Federal Ibsen Pinheiro, o ex-Presidente Collor afirma que o *impeachment* foi instaurado por puro sentimento de vingança: “sua atuação terminou por transformar o instituto do *impeachment*, que é um remédio jurídico e político contra graves crises institucionais, num instrumento de vingança política, de afirmação pessoal e de desforra particular”. ⁴³⁶ Idem, ibidem, p. 15.

do *impeachment*, parecendo que estava vaticinando para o futuro processo de impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff.⁴³⁷ Alegou ainda a defesa de Fernando Collor que o *impeachment* estava sendo usado como instrumento de perseguição democrática.⁴³⁸

Em resposta à contestação, os acusadores afirmaram que o sistema constitucional brasileiro sempre fez uma distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade. Os primeiros encontram-se previstos no Código Penal e os segundos na Constituição Federal e na Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade.

Colocou-se que a legislação americana não possui precisão na matéria, as decisões reconhecem que um sério delito moral, mesmo que não seja indiciável criminalmente, pode constituir crime passível de impedimento.

Pedidos de *impeachment* contra os Presidentes da República se transformaram numa atividade rotineira em nosso presidencialismo, no entanto, somente os ex-Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff tiveram os mandatos cassados pela prática de crime de responsabilidade previsto na Constituição Federal.

Reverendo as suas memórias, o atual Senador Fernando Collor afirma que a denúncia oferecida pelos juristas não passou de um documento patético, aceito pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, sem discussão, ponderação, cautela e isenção.⁴³⁹

⁴³⁷“Do que for decidido por este augusto e severo Tribunal político dependerá a estabilidade das nossas instituições, pois os fatos da hora presente constituirão precedentes de permanente invocação por todos quantos, inconformados com as manifestações das urnas, vislumbrarem na fórmula do impeachment um caminho exitoso para reverter resultados eleitorais”. Defesa proferida pelo jurista Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

⁴³⁸ “Se tivessem lido mais amplamente as Reflexões de BURKE, certamente parariam para meditar na passagem em que o notável irlandês nos adverte para o flagelo das perseguições democráticas, aquelas que nos privam de todo consolo externo, como se tivéssemos sido abandonados pela própria humanidade, esmagados por uma conjuntura criada pelos nossos semelhantes”. Defesa proferida pelo jurista Inocêncio Mártires Coelho nomeado defensor dativo pelo relator do processo de *impeachment* perante o Senado Federal, no julgamento do ex-Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Brasília: Editora da UnB, 1982. p. 136.

⁴³⁹ “A indagação cabível em face desses precedentes é necessariamente uma: - Porque até hoje, mais de 60 anos depois da Constituição de 1946, apenas contra meu governo se deu curso a essa espúria representação? Trata-se de um patético documento, aceito sem qualquer discussão, sem qualquer ponderação, sem qualquer cautela, sem qualquer isenção e com total ausência de equilíbrio e serenidade. Enfim, uma ‘denúncia’ articulada por dois cidadãos, cujas provas se resumiram a dois de meus pronunciamentos no rádio e na televisão e a duas cartas firmadas pelo chefe de meu Gabinete e por uma de minhas Secretárias, todos documentos públicos utilizados em minha defesa. A resposta pode não ser óbvia, mas os fatos e as circunstâncias que determinaram sua aceitação deixam claros os interesses e os propósitos que contra mim se moveram.” COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 12-13.

6. Fundamento legal da condenação de Fernando Collor no Senado Federal

A ideia de responsabilidade é inseparável do conceito de democracia, caso o agente público descrito na Constituição Federal cometa algum ilícito previsto na Lei nº 1079/50, ficará sujeito ao processo de *impeachment*, com a perda do cargo e a decretação da inabilitação para exercício de função pública por oito anos.

No “Caso Collor”, assim que a autorização para o processo foi recebida pelo Presidente do Senado Federal, foi lida na hora do expediente da sessão seguinte, quando foi eleita a comissão processante, constituída por um quarto dos membros da “Câmara Alta”. Essa comissão rapidamente procedeu com o libelo acusatório, tendo o ex-Presidente oferecido a defesa, sendo necessário recorrer ao Supremo Tribunal Federal para obter o prazo de dez sessões para a apresentação da peça defensiva.

Os Presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal assinaram convocação conjunta para a sessão que ocorreu no dia 02 de dezembro de 1992, a fim de proceder à discussão e votação do parecer aprovado pela Comissão especial. A manifestação do relator coincidia tanto com as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito, quanto com as imputações dos autores da denúncia.⁴⁴⁰

Após a votação em plenário, o ex-Presidente foi condenado com voto de mais de dois terços dos membros do Senado Federal. Eis a sentença do condenado perante o Senado Federal, com base em suas próprias palavras: “*culpado de permitir, de forma expressa ou tácita, a infração da lei federal de ordem pública*” e de “*proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo*”.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ “O relator da CPMI imputou-me: “(...) atos de improbidade administrativa” e atos “incompatíveis com a dignidade, a honra e o decoro de Chefe de Estado”. Os autores da representação à Câmara declararam minha conduta “incompatível com a dignidade, a honra e o decoro, para o exercício da função pública” e acusaram-me de permitir com minha “omissão, de forma tácita ou expressa, infração de lei federal de ordem pública, ou seja, afronta a leis penais e administrativas”. Finalmente, o relator da Comissão processante do Senado considerou-me “culpado de permitir, de forma expressa ou tácita, a infração da lei federal de ordem pública” e de “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”. As conclusões mostram uma convergência de opiniões e juízos pelo menos pouco usual nos Parlamentos onde a divergência e o pluralismo costumam ser a tônica dos debates e das decisões. Os oradores que tentaram caracterizar a autonomia da aceitação do parecer, em relação ao julgamento dele decorrente, participavam apenas de uma encenação que mascarava suas próprias indecisões. Na realidade, o parecer era apenas, como demonstrou o senador Josafhat Marinho (PFL – BA), um entreato de uma decisão que já estava tomada”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 63.

⁴⁴¹ Idem, ibidem, p. 63.

No julgamento do ex-Presidente Collor o Senado Federal foi transformado num “Alto Tribunal Político”, tendo sido presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sydney Sanches.

7. O pedido de renúncia para evitar o julgamento de Fernando Collor

O ex-Presidente Fernando Collor apresentou pedido de renúncia para evitar o julgamento pelo Senado Federal, todavia, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sydney Sanches, não deliberou sobre o pedido, preferindo deixar que o plenário do Senado Federal tomasse a decisão.

Os Senadores entenderam que a aceitação do pedido de renúncia do ex-Presidente, àquela altura dos acontecimentos, poderia acirrar os ânimos e o clamor que vinha das ruas, razão pela qual decidiram pelo prosseguimento do processo com o escopo de aplicar a pena de perdimento do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos.

A decisão dos Senadores, segundo constitucionalistas de nomeada, significou um solapamento dos direitos do ex-Presidente, máxime se considerando que nos Estados Unidos da América, a renúncia é admitida, sendo esta, e não outra, a razão pela qual o anacrônico instituto ainda existe naquele país.

Quando o ex-Presidente Fernando Collor apresentou a carta-renúncia não havia mais o que julgar, e, o fim do processo deveria ser a sua extinção sem julgamento do mérito. Eleito Senador, Fernando Collor utilizou a tribuna do Senado Federal para fazer um relato para a história da sua breve e tumultuada trajetória na Presidência da República. O novel Senador fez um discurso ao retornar para o Senado Federal, após quinze anos de ostracismo da vida política, colocando em público a sua indignação por ter seu pedido de renúncia rejeitado pelos membros do Senado Federal.⁴⁴²

⁴⁴²“No momento em que apresentei minha carta-renúncia, como dizem aqui todos, deixou de haver Presidente, não havia mais o que julgar. E, mais do que ninguém, o Presidente do Supremo Tribunal Federal à época – que, pela Constituição é quem deve presidir o Senado reunido como tribunal -, como guardião das leis e conhecedor delas profundamente, sabia dos seus limites. É por isso que digo aqui que ele, cândida e docemente, lavou as mãos e deixou para que o Plenário decidisse o que já estava decidido pela manifestação da maioria dos Srs. Senadores, mesmo antes de as eleições terem sido processadas, em 1º de outubro – outra coisa que, como todos

Naquela oportunidade, Fernando Collor invocou em seu favor os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, contestando o acerto do Presidente do Supremo Tribunal Federal, argumentado que o objetivo do *impeachment* não é propriamente a punição do acusado, mas destituí-lo do cargo.⁴⁴³

Fernando Collor citou também, em defesa do pedido de renúncia, o magistério do Professor Ives Gandra, aduzindo que no julgamento do pedido de renúncia prevaleceu o elemento político sobre o jurídico.⁴⁴⁴

A Constituição Federal estabelece que o Presidente do Supremo Tribunal Federal deve presidir a sessão de julgamento no Senado Federal, decidindo as questões de natureza jurídica e conduzindo o julgamento político.

Fernando Collor disse no Senado Federal que o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, agiu como Pilatos e “lavou as mãos”, não exercendo os poderes que o cargo lhe possibilitava, tendo transferido a responsabilidade da decisão para os Senadores:⁴⁴⁵ “No entanto, S. Exa., em vez da toga de magistrado, vestiu a túnica de Pilatos. E, como romano, lavou as mãos para livrar-se de sua responsabilidade, entregando-a ao arbítrio do plenário”.

sabemos, não pode acontecer. Nós, Senadores, se estivéssemos aqui participando de uma sessão do Senado como tribunal, não podemos exarar nosso voto, porque somos juízes. Se exarmos nosso voto, se publicarmos nosso voto, podemos ser impedidos de participar do julgamento”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 71.

⁴⁴³ “Há que notar que o propósito que tem em mira o *impeachment* não é propriamente o de punir o acusado, mas sim de destituí-lo do cargo. No passado, as nossas Constituições até mesmo não impunham a pena obrigatória de inabilitação por determinado tempo no futuro. Esta era e continua, no fundo, a ser uma pena acessória, uma pena decorrencial da outra que é logicamente procedente, qual seja, a perda do cargo, por julgamento do Senado”. Ora, na medida em que a renúncia, como ato unilateral que é, não pode deixar de conduzir necessariamente à perda do objeto do processo relativo ao *impeachment*, como se vai continuar a discutir se se deve destituir alguém de um cargo, se destituído ela já está? Quanto à outra hipótese, de impedi-lo de renunciar até que sofra o julgamento, não há fundamento jurídico nenhum nos nossos preceptivos constitucionais e legais a respeito; e todos sabemos que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Não pode o presidente ter cerceado o seu direito de renúncia, que constitucionalmente é livre, ao propósito de alguns que, nessas condições dramáticas, querem exacerbar sua pena, movidos por rancores miúdos, por amarguras, por espíritos invejosos e recalcados. Não é esta a aragem que sopra as velas do *impeachment*. O *impeachment* é um instituto em si voltado a coisas grandes, à defesa da Pátria, à preservação da coisa pública, à preservação da própria constituição. É a isto que o instituto canhestro de expansão de sentimentos condenáveis e espúrios”. Idem, *ibidem*, p. 71.

⁴⁴⁴ “No julgamento do presidente Collor, o presidente do Supremo exercendo a função de condutor do julgamento, fez notar o caráter jurídico-político, ao admitir a continuação de um julgamento para retirar direitos de um presidente que renunciara a suas funções e que, portanto, segundo a abalizada doutrina, não mais poderia ser julgado pelo Senado. Com brilhantismo, o senador Josaphat Marinho insistiu na ilegalidade do processo, mas o Presidente do Supremo Tribunal Federal houve por bem remeter ao plenário a decisão, abdicando de sua função de dizer o direito, para que prevalecesse a opinião não jurídica, mas política, da Casa Legislativa dos Estados. E, ao assim agir, abriu, no meu entender, nova conformação técnica do julgamento de um presidente da República nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, fazendo nele prevalecer o elemento político sobre o jurídico”. Idem, *ibidem*, p. 74.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 67

A possibilidade de renúncia ocorre porque o texto constitucional deveria deixar claro que a cassação dos direitos políticos não está subordinada ao efetivo afastamento do cargo. O processo de *impeachment* deve continuar mesmo que o acusado não mais exerça o cargo, a fim de desqualificá-lo para o exercício futuro de funções públicas. Além disso, a desqualificação para o exercício de cargo público deve ser permanente, como nos Estados Unidos da América, e não temporária como no Brasil.⁴⁴⁶

O pedido de renúncia foi veementemente rechaçado pelo relator do processo, Senador Antonio Mariz, razão pela qual o ex-Presidente foi condenado à perda do cargo, como também sofreu a pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo período de oito anos.⁴⁴⁷

8. O julgamento de Fernando Collor perante o Supremo Tribunal Federal

O ex-Presidente foi absolvido perante o Supremo Tribunal Federal sob o argumento de falta de provas, através do voto do eminente relator, Ministro Ilmar Galvão, nos autos da Ação Penal 307-5. O relator concluiu pela absolvição do ex-Presidente, sendo este o entendimento majoritário, tendo sido vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

Fernando Collor afirmou que a decisão do Supremo Tribunal Federal espancou todas as dúvidas acerca da sua inocência, posto que foi demonstrado no processo criminal que não houve a prática de crime de responsabilidade e que foi uma vítima do processo político de *impeachment*.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶COMPARATO, Fábio K. O Processo de *impeachment* e a importância constitucional do caso Collor. In, ROSENN, Heith S. (Org). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000. p. 126.

⁴⁴⁷ “Quando se sustenta que a Lei nº 1.079 previu pena de perda dos direitos públicos ou de inabilitação para a função pública como acessória, na verdade, esquece-se que essa lei foi promulgada na vigência da Constituição de 1946, que tratava de forma diferente essa pena. Não era ela impositiva, como hoje, sequer tinha a sua duração estabelecida taxativamente – a pena poderia ser aplicada em até cinco anos. Portanto, poderia não ser aplicada. Hoje a Constituição, de 1988 reza de outro modo. A pena impositiva, é de oito anos; não é de até oito anos, ela é, necessariamente uma pena de oito anos, e com tal deve ser entendida – pena autônoma, pena cumulativa. Assim é forçoso que se entenda”. MARIZ, Antonio. *O Impeachment do Presidente do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1994. p. 205.

⁴⁴⁸ “Fui afastado na suposição – e tão somente na suposição – de que as acusações que me fizeram fossem verdadeiras. Depois de dois anos da mais profunda e abrangente investigação a que um homem público já foi submetido na história de nosso país, e da absolvição de todas as imputações que suporrei, restaram a mutilação

Em pronunciamento no Senado Federal o relator do processo, Senador Antonio Mariz, defendeu a exclusiva competência do plenário da “Casa Alta” para o julgamento do Presidente da República, nos processos de responsabilidade política.⁴⁴⁹

9. Fatores que levaram ao *impeachment* de Fernando Collor

A personalidade autoritária do ex-Presidente Fernando Collor,⁴⁵⁰ o porte vaidoso e atlético, somada às suas raízes oligárquicas e coronelistas, bem como o estilo de não compartilhar as decisões políticas do Poder Executivo com o Poder Legislativo, retirou-lhe a capacidade de executar as reformas que pretendia implementar no seu governo. Propositadamente Fernando Collor optou por não manter uma forte base política temendo perder a sua autonomia, e o fez contra a recomendação de seus apoiadores.

Sem ter formado uma maioria política estável, sem saber realizar consenso por meio de negociações, sem pertencer a um grande partido,⁴⁵¹ seu governo entrou em colapso ao ser

de meu mandato e o ostracismo político que me foi imposto. Não tive ainda reparados os danos causados à minha honra, à minha dignidade, e ao meu decoro pessoal e político. Enfim, tinha suportado sete meses de torturante expectativa, em relação ao meu destino, depois de ver atropelados pela CPMI, pela Câmara dos Deputados e por que não dizê-lo, pela maioria do Senado, os meus mais comezinhos direitos e até mesmo o elementar benefício da dúvida. Tive que esperar mais dois anos, até 13 de dezembro de 1994, para ver minha inocência reconhecida, em sentença hoje transitada em julgado. A violência cometida com a suspensão de meus direitos políticos contra a letra expressa da lei, e o entendimento majoritário dos doutrinadores, não foi, contudo, reparada pela Justiça. Foi, sim, corrigida e remediada pela decisão soberana do povo alagoano – a quem mais uma vez agradeço – ao enviar-me a esta Casa como seu representante, elegendo-me pela quinta vez. Isso não só me recompensa, mas também me consola, me resgata”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 84-85.

⁴⁴⁹ “Eu gostaria de, antes de insistir no tema, levantar uma preliminar a de que devemos votar isso, de que essa decisão não compete, com todo respeito pelo Sr. Ministro Sydney Sanches, à Presidência do processo, mas ao Plenário, última instância das nossas decisões e onde se encontram os juízes da causa, nos termos do art. 63 da Lei nº 1.079. Ali, está dito que são juízes todos os Senadores, com exceção de eventuais impedidos, o que não ocorre na espécie”. MARIZ, Antonio, cit., p. 205.

⁴⁵⁰ “O candidato que as urnas consagrariam era tido como impetuoso, tinha porte atlético, e apresentava-se como desvinculado da classe política, embora viesse de um mandato de governador, outro mandato de prefeito da Capital do seu Estado, e tivesse uma passagem pela Câmara dos Deputados. Seu mandato de governador, como o de prefeito, fora marcado por ácidas polêmicas, fosse quanto às opções de política administrativa, fosse pelas acusações dos adversários. Acusavam-no, durante a campanha, quando se tornou favorito, principalmente, de arbitrário e de demagogo, ou populista. Antes, era julgado por seus gestos decididos, desafiando o Judiciário no combate aos ‘marajás’ e aos usineiros de açúcar”. SANTOS, Arnaldo. *Impeachment. Ascensão e queda de um Presidente*. São Paulo: Cia dos Livros, 2010, p. 124.

⁴⁵¹ “O governo Collor já atravessava, no Congresso Nacional, um desgaste político. Ele teve muita dificuldade de construir uma maioria parlamentar, porque ele foi eleito por um partido pequeno, teve aqui uma cotação bem simbólica. E anterior, ao processo de *impeachment*, que foi a derrubada da proposta do Governo em relação aos 147% para os aposentados, percebia-se, no âmbito político, uma disputa nos meios de comunicação, sobre as

atingido pelas denúncias de seu irmão, como também pela investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito, bem como pela ação do Congresso Nacional, da imprensa e da “sociedade civil organizada”.

Anos depois do encurtamento do seu mandato de Presidente, o atual Senador Fernando Collor reconheceu que o seu estilo pouco afeito ao diálogo com os congressistas, contribuiu inexoravelmente para a sua derrocada política.⁴⁵²

Em outro momento de sua obra, reconhece que se tivesse a humildade de parar para ouvir as pessoas mais velhas e mais experientes do universo político, não teria sido afastado do cargo de Presidente da República. O Senador Wellington Salgado de Oliveira, durante o discurso do Senador Fernando Collor, no Senado Federal, assim declarou:⁴⁵³ “Um erro que V.Ex^a cometeu quando era Presidente – e é algo que muitos dizem e eu procuro fazer sempre no Senado – foi não ouvir os mais velhos”.

O ex-Presidente fez muitas nomeações para os mais altos cargos políticos do governo federal, por escolha pessoal, nomeando membros de partidos políticos, sem ouvir as lideranças dos respectivos partidos, arranhando as relações com os principais caciques da política nacional.

pretensões do Governo, em relação à rede de televisão no Nordeste, e havia uma disputa nos meios de comunicação. E por parte das lideranças políticas, no Congresso Nacional, havia desconfiança, havia uma dúvida, havia uma insegurança muito grande sobre onde chegariam essas denúncias feitas pelo irmão dele, o Pedro Collor. Evidentemente alguns movimentos que foram feitos pelo próprio presidente Collor, na época, radicalizaram muito o processo. Em primeiro lugar pela fragilidade da base política no Congresso; em segundo lugar, porque ele acreditou numa relação direta com o povo, poderia enfrentar a oposição, e tomou algumas decisões que irritaram a opinião pública, como aquele negócio do luto, do preto, aquilo ali causou um clima de oposição popular muito forte. Eu acho que o *impeachment*, ele (o *impeachment*) foi, ele só saiu por causa da pressão popular, houve uma pressão popular muito grande, um movimento, em certa medida espontâneo, porque quando as manifestações foram organizadas, a manifestação do fora Collor, já existia um clima, antes das organizações delas, um clima de descontentamento, de insatisfação da sociedade”. SANTOS, Arnaldo, cit., p. 267-268.

⁴⁵² “Um dos grandes equívocos que, sem dúvida, cometi como Presidente da República – e isso está dito em algum momento em meu pronunciamento – foi o de ter tido com o Congresso Nacional uma relação não adequada. Digo que tive uma relação não adequada, porque dediquei 80% do meu tempo à administração. E, nesse regime presidencialista, que entendo ser caduco, obsoleto e anacrônico, o Presidente da República é o Líder político da Nação e tem de fazer política, sobretudo. Em relação ao Congresso, acredito que o que queremos, o que desejamos é consideração. (...) É exatamente isto o que penso: dentro desse sistema presidencialista que aí está, inteiramente obsoleto – data vênha opinião em contrário -, *é preciso que o Presidente da República esteja absolutamente afinado com o Congresso*”. (Destaquei). COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 28-29.

⁴⁵³ Idem, *ibidem*, p. 88.

Esse personalismo do ex-Presidente Fernando Collor foi considerado como uma das maiores causas do seu isolamento e enfraquecimento político que culminaram com o primeiro julgamento de procedência de um *impeachment* de Presidente da América Latina.⁴⁵⁴

Na mesma oportunidade o Senador Arthur Virgílio afirmou perante o novel Senador que se ele tivesse tido uma relação mais aberta com o Senado, durante os dias passados na Presidência da República, teria permanecido no cargo até o final do mandato.⁴⁵⁵

A atitude de autossuficiência fez com que o ex-Presidente se distanciasse da classe política,⁴⁵⁶ esquecendo-se que no regime de tripartição de poderes, deve haver obrigatoriamente um relacionamento positivo com o Poder Legislativo, caso o Presidente deseje a aprovação de leis que importem no cumprimento de metas administrativas, econômicas, sociais e fiscais.

Dessa forma o jovem Presidente foi rejeitado pela mídia, pelos políticos e pelos grandes grupos empresariais nos maiores Estados da Federação.⁴⁵⁷

O Presidente da República que pretender fazer um bom governo tem que explicar aos representantes do povo o seu programa de governo, e quais os projetos que pretende implementar. Tem também que ser maduro o suficiente para entender a cultura do “clientelismo” que se instaurou no país desde a colônia, passando pelo império e chegando à República, operacionalizada através do “toma lá dá cá”. Sem atender aos pedidos de emendas parlamentares e cargos na administração direta ou indireta, nenhum Presidente tem sustentação política neste país.

Por outro lado, o ex-Presidente também deixou escapar uma atitude de arrogância ao classificar os carros produzidos no Brasil como “carroças”. Essa combinação de fatores produziu um efeito devastador na carreira do então Presidente, qual seja: impopularidade no

⁴⁵⁴ “O estamento patrimonial da burocracia do Estado, cuja amplitude do poder nunca foi bem avaliada, certamente não recebe com agrado a nomeação de estranhos aos seus quadros, podendo conformar-se quando se trate de indicação partidária, afinal não convém abrir uma frente com os partidos. Estranhos que sejam apartidários, porém, sinalizam um certo personalismo, indicativo de isolamento e de fragilidade, verdadeiro convite ao enfraquecimento”. SANTOS, Arnaldo, cit., p. 192-193.

⁴⁵⁵ “Nós vimos depois. Se V. Ex^a tivesse tido, por exemplo, uma relação mais ‘aberta’ com certos setores do Congresso, talvez tivesse concluído o seu mandato. Se v. Ex^a tivesse, na verdade – e vou usar uma expressão que foi, corriqueiramente, banalizada -, relações menos republicanas com certo segmento do Congresso, V. Ex^a teria, certamente, ido até o fim do seu mandato”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 25.

⁴⁵⁶ “Talvez a história fosse outra. Talvez os rumos da minha administração fossem tomados de uma forma mais adequada ao momento, de forma, sobretudo, a me precaver contra os equívocos que cometi quando Presidente da República, sobretudo na minha relação com a classe política”. Idem, ibidem, p. 35.

⁴⁵⁷ SANTOS, Arnaldo, cit., p. 126.

mais alto grau. Sem carisma popular e sem apoio político, o ex-Presidente se viu completamente isolado na chefia do Poder Executivo.

Nesse momento histórico e singular, jovens foram às ruas, motivados em grande parte por setores da mídia nacional.⁴⁵⁸ Ao lado de fatores pessoais que impediram a governabilidade, estavam a grave crise econômica e as denúncias de corrupção, fatos que ensejaram uma coalizão em favor do *impeachment* de partidos de centro e de esquerda.

As conjunções de todos esses fatores produziram o “suicídio político” do ex-Presidente Fernando Collor. Quando ele percebeu que os parlamentares necessitavam de consideração, para que pudessem “costurar” os acordos políticos necessários à governabilidade, já era muito tarde, pois já houvera amargado o desprestígio, desonra, rejeição, crítica, solidão, e, finalmente, a perda do cargo mais cobiçado da nação.

Esse fato só foi reconhecido quando retornou à Casa que representa os Estados, como Senador por Alagoas, depois de passados mais de quinze anos desde a sua saída do Palácio do Planalto.⁴⁵⁹

10. O sistema presidencialista e o *impeachment* de Fernando Collor

A atitude do ex-Presidente Fernando Collor para com o Poder Legislativo é explicada em grande parte pelos vícios⁴⁶⁰ e defeitos que o presidencialismo propicia.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ “O controle da opinião pública, o predomínio de versões sobre fatos e a prevalência de setores poderosos e organizados é que contrasta com a prevalência da vontade das ruas. As ruas queriam o afastamento do Presidente. O que levou expressivas parcelas da sociedade a esta discussão é que pode não ser democrático o clamor de uma cidadania de rebanho, manipulada por forças organizadas e poderosas. Resta um consolo: apesar de os poderosos e organizadores terem prevalecido, de interesses particularistas terem preponderado, de as excelsas razões invocadas serem mera aparência de virtude, de o Presidente ter sido destituído pelos erros que não cometeu, apesar de tudo isso, constata-se que os poderosos manipularam a opinião pública porque precisavam do seu beneplácito. A sociedade, de certo modo, é controlada, mas tal controle requer habilidade, não é mera imposição; e está condicionado ao sucesso da manipulação e tal manipulação não é fácil, na escala do episódio do *impeachment*”. SANTOS, Arnaldo, cit., p. 364.

⁴⁵⁹ “(...) posso assim dizer – que o que desejamos do Presidente da República é a consideração de um telefonema, mesmo para alguém da Oposição: ‘ouvi seu pronunciamento, ouvi sua crítica. Obrigada por ter me alertado para isso’. É preciso que ligue para alguém da sua base e diga: ‘Obrigado pela defesa que fez do meu governo. Eu gostaria de reunir vocês para explicar qual é meu programa de Governo, qual é a ideia que tenho a respeito desse ou daquele projeto’. Isso é consideração. Creio que é isso que cativa. Quando se procede de maneira diferente, é porque não está havendo paciência suficiente para se ter essa consideração”. COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 25.

O presidencialismo contemporâneo teve suas funções alargadas em função da multiplicidade de fins cada vez mais abrangentes que o Estado deve prover. Fato que torna a responsabilidade do Presidente esmagadora, hercúlea, penosa, conflituosa e muitas vezes tendentes ao colapso.

Este defeito do presidencialismo está presente desde o seu nascimento. Por questões de ordem prática, foi pensado um modelo de presidencialismo forte, com base no axioma de John Locke, para quem “(...) o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discricção daquele que detenha o poder executivo”.⁴⁶² A razão de ser da exaltação do Chefe de governo e de Estado é descrita por Arnaldo Godoy: “Tem-se a impressão que do Presidente se espera um líder criativo e ousado, que necessite de força para levar adiante as promessas de campanha”.⁴⁶³

A América Latina já testemunhou vários casos de totalitarismo, em virtude da existência de um presidencialismo centralizador, onde o Presidente é verdadeiro “salvador da pátria”. A campanha de Fernando Collor apresentava um candidato que iria cuidar dos “descamisados”, dos pobres, dos desafortunados. O que se viu foi um governo que descambou para a corrupção e para o autoritarismo.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ “A esses vícios outros se vêm somar: a influência perturbadora do Presidente na operação sucessória, buscando eleger seu sucessor ou até mesmo, se for o caso, reformar a Constituição para reeleger-se; a debilidade e subserviência do Congresso à vontade presidencial, convertendo-se o legislativo num poder ausente, caracterizado por impotência crônica, sistema onde não há em verdade a colaboração entre os poderes, senão o predomínio de um poder sobre o outro ou a disputa da hegemonia entre os poderes; onde as crises de governo geram a crise das instituições; onde o Congresso, entrando em conflito com o Executivo, só dispõe de instrumentos negativos de controle: a recusa de dotações orçamentárias, a obstrução legislativa, etc., e onde, por último, o Presidente, como ditador legal, de mandato certo, é ao dizer de Rui Barbosa, ‘o poder dos poderes, o grande eleitor, o grande nomeador, o grande contratador, o poder da bolsa, o poder dos negócios, o poder da força’. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., p. 384.

⁴⁶¹ “O poder legislativo transferiu-se em parte substancial do Congresso para o Presidente da República (...) Nos países presidenciais de estrutura subdesenvolvida, até onde se poderá admitir essa expansão jurídica dos poderes do Presidente da República, sem acoimar de ‘ditadura constitucional’ os Estados, onde esse fenômeno ocorre”. Idem, *ibidem*, p. 369-371.

⁴⁶² LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 529.

⁴⁶³ GODOY, Arnaldo S. de M. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e presidencialismo de Articulação Institucional*. 348 f. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁴⁶⁴ Para a caracterização de um sistema, todavia, os traços políticos são talvez a maior importância que os estritamente jurídicos. O principal deles talvez de maior importância que os estritamente jurídicos. O principal deles no presidencialismo é, como se pode supor, a predominância do Presidente. Essa predominância é normal, estando presente em todos os países que adotam o presidencialismo. Decorre ela de muitos fatores, dentre os quais avulta a liderança nacional que a eleição popular confere ao escolhido. Salvo casos excepcionais, os candidatos à Presidência são as figuras mais conhecidas e influentes de seu partido. Entrados na campanha, todas as luzes se focam sobre eles, a publicidade se orquestra em torno de seus pronunciamentos, de seus ditos, de seu modo de vida, de suas qualidades, de seus méritos, de sua experiência e, até, de seu *sex appeal*... Nessa onda sabiamente concertada por especialistas com abundância de fundos, o melhor ator dentre os candidatos ganha sempre terreno e não raro a eleição. De qualquer forma, porém, jamais vence quem não lograr marcar sua personalidade junto aos eleitores. A marcha da campanha eleitoral e seu pináculo, a votação e apuração,

O personalismo decorrente do presidencialismo é um fator universal, porém, na nossa cultura política brasileira, está presente em todos os governos.⁴⁶⁵ Campos Sales o conceituou como o “governo pessoal constitucionalmente organizado”.⁴⁶⁶ Neste tipo de governo tudo se espera do Presidente. O desprestígio do Poder Legislativo, decorrente da sua ineficácia e alto nível de corrupção, faz com que o presidencialismo seja um regime onde o Presidente da República se torna um ser quase onipotente, que compra o apoio político de grande parte dos legisladores, através de negociatas de cargos públicos e emendas parlamentares em troca de votos favoráveis ao seu projeto de governo.

A vigente Constituição de 1988 acentua a preponderância do Presidente da República, pois permite que este legisle por Medidas Provisórias⁴⁶⁷ com força de lei, enquanto o Legislativo se encontra fragilizado, dominado por Comissões Parlamentares de Inquérito destinadas a apurar as falcatruas dos seus membros, e o Poder Judiciário se encontra cada vez mais politizado, substituindo-se ao Congresso Nacional na função de legislar e atualizar a Constituição.⁴⁶⁸

O sistema presidencialista é uma criação norte-americana, nascido na Convenção da Filadélfia, reunida em assembleia nacional constituinte destinada a estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América.⁴⁶⁹ Esse regime é conceituado como sendo aquele em que o Poder Legislativo detém um mandato eleitoral fixo que é sua própria fonte de legitimidade.

transformam necessariamente o vencedor do pleito na primeira figura nacional em prestígio. Consequência disso é cair em suas mãos a orientação da vida política nacional, que é facilitada pela enorme soma de poderes colocada a seu dispor pela estrutura jurídica do regime. Acrescente-se a isso ser ele o representante da unidade nacional, como chefe de Estado. Some-se depois a preponderância natural do governo no *welfare state*, e se fará uma ideia bem aproximada do papel conferido ao Presidente nesse regime. Enfim, graças ao descrédito das Câmaras parlamentares muitas vezes subservientes, não raro corruptas, na América Latina o presidencialismo tende a se tornar na prática um regime de ditadura temporária, só temperado, quando o é, pela independência do Judiciário, ou pela arbitragem das Forças Armadas. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*. 40. Ed. São Paulo:Saraiva, 2015.p. 172-173.

⁴⁶⁵ “A fragilização e o artificialismo dos partidos políticos, somados à supervalorização das eleições diretas e às peculiaridades do sistema presidencialista, reforçam a tradição de personalismo do Estado burocrático patrimonial”. FAORO, Raymundo. *Os Donos do poder*. 6. Ed., porto Alegre: Globo, 2 vol. 1984-1985.

⁴⁶⁶ OLIVEIRA T., J.C. de. O Presidencialismo no Brasil, *O Cruzeiro*, Rio de Janeiro, p. 222, 1962.

⁴⁶⁷ “Em parte, é imperioso também concordar com sua conclusão de que o Presidente do Brasil é poderoso não porque usurpe funções primárias do Poder Legislativo, mas porque a Constituição de 1988, em sua partilha de funções, concebeu um modelo de exacerbação presidencial. A exceção à tese está no uso abusivo de medidas provisórias que se converteram em uma nova e oblíqua via de controle, manipulação e inviabilização da pauta legislativa própria do Parlamento. Mas, indubitavelmente, a pauta legislativa não pertence mais com exclusividade ao Parlamento”. TAVARES, André R., cit. p. 1073.

⁴⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Presidencialismo exacerbado, Legislativo fragilizado e Judiciário politizado*. SILVA MARTINS, Ives G. (Org.). Princípios Constitucionais Relevantes. São Paulo: FeComércio, 2011.p. 105.

⁴⁶⁹ O sistema presidencialista, que se examina em primeiro lugar por ser adotado no Brasil, é uma criação, racional e consciente, de uma assembleia constituinte, a Convenção de Filadélfia, reunida para estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América. Ao contrário, como se verá adiante, o parlamentarismo é fruto de

O presidencialismo difere do sistema parlamentarista porque este possui o chamado “voto de desconfiança”,⁴⁷⁰ pelo qual o Primeiro Ministro se perder o apoio político do Parlamento deverá renunciar. Por outro lado, o Poder Executivo também possui a capacidade de dissolver a legislatura e convocar novas eleições.⁴⁷¹ Esse sistema inglês possui um rígido sistema de freios e contrapesos, pelo qual o Primeiro-Ministro não é super-poderoso, como ocorre no sistema presidencialista, onde toda a horda de poder circunscreve-se à pessoa do Presidente.

As diferenças entre os regimes políticos são muitas, todavia, Juan Lins exorta que todos os regimes dependem da capacidade dos líderes políticos de governarem, de terem limites de seus poderes, estabelecerem consenso com as instituições e as forças sociais, reconhecendo que o sistema presidencialista tem mais dificuldade de lidar com o excesso de poderes presidenciais:

Todos os regimes dependem, contudo, da disposição com que a sociedade e todas as demais forças sociais e instituições contribuem para sua estabilidade. Eles dependem também do consenso que empresta legitimidade à autoridade obtida por meio de processos democráticos, ao menos pelo tempo entre eleições e dentro dos limites da Constituição. Ao fim, todos os

longa, insensível e lenta evolução histórica, onde as opções conscientes dos juristas e dos legisladores tiveram papel de somenos importância. Não se pode dizer, todavia, seja uma invenção dos constituintes americanos. Não é um arranjo autoritário e mais ou menos feliz de instituições, estabelecido segundo o arbítrio dos constituintes, ao sabor de suas preferências e idiossincrasias. Longe disso está a verdade. O presidencialismo instituído pela primeira vez na Filadélfia é uma versão republicana da monarquia limitada, ou constitucional, instaurada na Grã-Bretanha pela revolução de 1688. O Parlamento inglês, ao chamar nessa ocasião Guilherme e Maria para o trono que declarara vago, instaurara a ‘separação de poderes’ que Locke iria intuir e Montesquieu consagrar. De fato, assegurada a independência da magistratura, reservava-se a elaboração da lei ao Parlamento, ainda que com a sanção real, e ao monarca se deixavam a administração, a defesa e a política estrangeira – o poder executivo da doutrina clássica. Sistematizando essas instituições sob a influência visível de Locke e também de Montesquieu, não tendo príncipe ao qual conceder o trono, colocaram os constituintes em seu lugar um cidadão. Essa monarquia limitada sem rei com um presidente é o regime presidencialista em suas linhas gerais. Observar-se, todavia, que o regime assim copiado – a monarquia limitada – não mais vigorava, ao tempo de sua instituição, na Grã-Bretanha, uma vez que lá o parlamentarismo deitara raízes, definitivamente, ao menos em 1782. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 171.

⁴⁷⁰ Desse modo, pôde o Parlamento obrigar os ministros de que dissentia a renunciar e mesmo todo o gabinete e demitir-se, pois cedo se instaurou a solidariedade entre todos os membros do ministério, ao menos com respeito às decisões tomadas em conselho. Viram-se assim os ministros forçados a seguir a linha política predominante no Parlamento, sob pena de, perdendo a confiança deste, terem de demitir-se para salvar a pele. Nasceu, destarte, a chamada *responsabilidade política*, traço fundamental do parlamentarismo. Ou seja, a obrigação que tem o ministério de deixar o poder, sempre que perder o apoio da maioria parlamentar. Sem dúvida, o princípio da responsabilidade política não se firmou sem luta. Jorge III procurou reagir contra a submissão do gabinete ao Parlamento, impondo contra este ministérios de sua confiança pessoal, como os que presidiu Lord North. O insucesso de sua política, manifesto na rebelião das colônias da América do Norte, pôs termo à resistência. A demissão de Lord North e seu gabinete em 1782, diante da desconfiança e da reprovação da maioria parlamentar, marca, segundo se ensina, o nascimento do regime parlamentarista de governo. FERREIRA FILHO, Manoel G. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 176-177.

⁴⁷¹STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. *Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism*. World Politics, V. 46, n. 1, 1993.

regimes dependem da capacidade dos líderes políticos governarem, inspirarem confiança, terem um senso dos limites de seus poderes, e de atingir um mínimo de consenso. Nosso argumento é o de que essas qualidades seriam ainda mais importantes num regime presidencialista onde elas podem ser mais dificilmente atingidas. Essa dependência das qualidades de líderes políticos, que podem ou não ser encontradas em um dado momento, podem envolver riscos maiores.⁴⁷²

No sistema presidencialista, a falta de apoio político não implica em perda do mandato do Presidente e não gera a abertura de processo de *impeachment*, pois este processo depende da prática de crimes de responsabilidade, conforme expressa dicção do artigo 52 da Constituição Federal.

Há quem diga que vivemos um semiparlamentarismo, com a necessidade de o governo possuir maioria no Congresso, isso porque a existência de dois processos de *impeachment* no Brasil, num curto período de aproximadamente vinte e quatro anos, significa que não estamos vivendo num modelo presidencialista. “Depois do impeachment de Dilma a impressão que se tem é que vivemos num regime de semiparlamentarismo que aponta para a ideia de que quem não tiver pelo menos um terço do parlamento sofrerá processo de impeachment”.⁴⁷³

Por essa razão, o presidencialismo foi criticado por Rui Barbosa por “canonizar a irresponsabilidade”⁴⁷⁴ e por ser o “regime de um homem só”,⁴⁷⁵ pois o Presidente exerce a chefia da Administração Federal, através de ministérios e serviços públicos, tendo o comando supremo das forças armadas, direção e orientação da política exterior com atribuições de celebrar tratados e convenções, declarar guerra e paz, bem como nomear Ministros para os Tribunais Superiores, e, nomear o Advogado Geral da União e o Procurador Geral da República. Pode ainda legislar, excepcionalmente, através de medidas provisórias com força de lei, além de outras funções previstas na Constituição Federal.

⁴⁷² LINZ, Juan. Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference? In, VALENZUELA, Arturo; LINZ, Juan (Ed.). *The failure of Presidential Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994. p. 69, tradução livre).

⁴⁷³ MOURA, Pedro M. de. A tese do golpe chega a ser ofensiva. *ISTO É. PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, p. 43, ago, 2016.

⁴⁷⁴“O regime presidencial, segundo Gilberto Amado, ‘escraviza os parlamentos, estrangula a palavra, implanta o silêncio, desanima a cresta a inteligência’, corresponde ao ‘predomínio da incapacidade’ (Rui), inaugura a escola da mediocridade, canoniza a irresponsabilidade, sagra o Presidente impune, que comete graves faltas e só morto ou deposto; enfim, é o sistema que se furta à fiscalização da opinião, que acaba quase sempre nas intervenções funestas à ordem federativa, nos estados de sítio, no apelo frequente aos quartéis, nos levantes armados, na tomada militar do poder, na implantação das ditaduras, no governo unipessoal dos caudilhos”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. cit., p. 383.

⁴⁷⁵ Idem, ibidem, p. 362.

Esse sistema faz do Presidente da República um verdadeiro “deus”, marcado pela hipertrofia de poderes nas mãos de alguém que tem as chaves dos cofres públicos e a caneta para nomear aliados para os milhares de cargos públicos, fato que leva à onipotência e à prática de vários tipos de abuso de poder.

Essa crescente ampliação das funções presidenciais, em virtude da multiplicidade de fins que o Estado é chamado a prover, faz do “Executivo Leviatã”, um Poder que, na prática, ofusca os demais Poderes. O presidencialismo é um sistema propício à desagregação e à litigância intragovernamental.⁴⁷⁶

O cargo de Presidente da República requer uma profunda compreensão dos ônus e bônus que a função lhe impõe, pois, o exercício do poder é sempre espinhoso. Qualquer mandatário que deseje resolver os problemas políticos, econômicos e sociais, tem que unir poder com autoridade, e nada melhor do que um governo de coalizão para promover essa estabilidade.

Esse governo de coalizão desafia o Presidente a formar e manter uma base parlamentar de apoio aos seus projetos de governo, sem a qual não terá condições de exercer o poder. O conjunto de exigências do sistema presidencialista necessita de um “espírito de governabilidade”, ou seja, da existência de requisitos mínimos para a sustentação do governo. O espírito da governabilidade inclina-se à conciliação e se alimenta de negociações, de partilha do poder político e de suas benesses.⁴⁷⁷

Quanto menor a contestação e quanto maior a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável será o governo, unindo a força com o poder e poder à autoridade.

⁴⁷⁶ “Assim, salvo alguma abordagem, ainda que indireta, em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quanto ao problema da governabilidade, é inédita a discussão aqui apresentada, em torno da litigância intragovernamental como fator de enfraquecimento e desagregador do presidencialismo”. GODOY, Arnaldo S. de M. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e presidencialismo de Articulação Institucional*. 348 f. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito do Estado –Área de Direito da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁴⁷⁷ “O espírito da governabilidade inclina-se à conciliação. Alimenta-se de negociações. E negociação exige realismo, que impõe limites ao espetáculo, precisa respeitar a reserva do possível e convoca os governantes à solução dos problemas denunciados na campanha eleitoral. Não pode seguir apenas a orientação dos especialistas em publicidade e propaganda. O isolamento já não é benéfico nesta fase. Nem é este o momento dos patrocínios constrangidos. Os arrimos dados a quem governa exigem algo mais do que meras expectativas de retribuição. E - principalmente - o exercício do poder torna aguda a necessidade de apoios leais. Lealdade política, por sua vez, decorre de vínculos sólidos, construídos pelo associativismo eleitoral, pela partilha efetiva do poder com as suas benesses, e até por amizades cultivadas ao longo dos anos ou por convicções. O estabelecimento da governabilidade é fortemente beneficiado pelo sucesso econômico. E é intensamente prejudicado pelo fracasso na citada área. A base parlamentar revela-se volátil diante da impopularidade dos Governos que fracassam, evadindo-se com a agilidade da lendária fuga dos ratos que abandonam os navios ameaçados de naufrágio”. SANTOS, Arnaldo, cit. 190.

Bonavides resume esses benefícios: “Onde, porém, o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida”.⁴⁷⁸

Entretanto, é forçoso reconhecer que o presidencialismo produz uma estabilidade dos governos, mas quando estes entram em crises, a solução ordinariamente conduz às revoluções, golpes de Estado, tumultos e ditaduras, fazendo instáveis as instituições.

Nesse contexto, a própria ciência política oferece uma opção traumática - o *impeachment* - com o objetivo de retirar do cargo público o administrador que cometeu crimes de responsabilidade.

As investigações levadas a efeito pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito demonstraram que o ex-Presidente Fernando Collor tinha uma sociedade criminosa com o ex-tesoureiro de campanha Paulo César Farias.

A exposição que esses fatos tiveram na grande mídia geraram impopularidade, que somada à falta de sustentação política, decorrente da inabilidade do ex-Presidente em lidar com um Congresso Nacional fragmentado e pulverizado por várias siglas partidárias, e, ainda, a presença de inimigos políticos em todos os extratos sociais, serviram para deslegitimar o governo de Fernando Collor, produzindo a instabilidade política que arrancou de suas mãos um mandato outorgado legitimamente pelo povo brasileiro.⁴⁷⁹

A derrocada de dois Presidentes legitimamente eleitos pelo povo brasileiro está associada aos problemas decorrentes do presidencialismo de coalizão que não respeita os regimes democráticos, com exceção do sistema norte-americano, por não possuir um presidencialismo de coalizão.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. cit., p. 108.

⁴⁷⁹ “Num país onde a administração pública é pelo menos formalmente racionalizada, o patrimonialismo enfrenta oposição interna e externa. A oposição interna vem dos que assumiram um etos burocrático. Os acordos particulares entre um órgão governamental e seus clientes vazam para a imprensa, são anulados por tribunais e sofrem oposição dos setores não-patrimonialistas da sociedade política. O governo perde legitimidade, e a ilegalidade de sua atuação o torna vulnerável à opinião pública. Quando os negócios particulares vêm a público, põe-se em risco a possibilidade de o governo sobreviver dentro da ordem democrática. Foi isso que levou ao *impeachment* do ex-presidente Collor de Mello.” AVRITZER, Leonardo. O conflito entre a sociedade civil e a sociedade política no Brasil pós-autoritário: uma análise do *impeachment* de Fernando Affonso Collor de Mello. In, ROSENN, Heith S.; DOWNES, Richard. (Org). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000. p. 189.

⁴⁸⁰ “Em estudo publicado em 1988, portanto, na transição para o atual constitucionalismo brasileiro, o cientista político SÉRGIO ABRANCHES cunhou a expressão ‘Presidencialismo de Coalizão’, que se tornou célebre e fonte de diversos equívocos. Pretendia o autor indicar uma variante do Presidencialismo, uma peculiaridade do sistema brasileiro”. TAVARES, André R., *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1072.

Esse modelo requer “a possibilidade de um presidencialismo de negociação chamada por Ackerman de a ‘esperança maldita’, é apresentado como uma das opções possíveis à dificuldade de governar quando o Congresso esteja dominado por diversos partidos”.⁴⁸¹

O Presidencialismo de coalizão, fruto da Constituição de 1988 que permitiu a criação de inúmeros partidos,⁴⁸² é um dos responsáveis pela instabilidade política no Brasil, em grande parte chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou com a cláusula de barreiras.

O Presidencialismo brasileiro se aproxima do parlamentarismo, pela co-dependência do Poder Legislativo, para formar uma base de apoio parlamentar para a governança, “falar que o Presidencialismo brasileiro atua com base em amplas coalizões significa realizar uma aproximação entre Presidencialismo e Parlamentarismo, já que estreita as relações e dependências entre Executivo e Parlamento.”⁴⁸³

Juan Linz qualifica o presidencialismo como um sistema de “independência mútua” entre Poderes, enquanto o parlamentarismo seria caracterizado por uma “dependência mútua” entre os mesmos.⁴⁸⁴ O sistema parlamentarista é mais adequado por preservar tanto a estabilidade das democracias quanto o equacionamento das crises de governo, pois no citado sistema, é muito mais fácil e menos traumático, resolver os problemas decorrentes de graves instabilidades políticas.

No parlamentarismo, quando o Chefe de Governo perde a confiança do Parlamento, e perde a maioria parlamentar, é destituído do cargo de Primeiro-Ministro.⁴⁸⁵ O referido sistema é menos propenso às instabilidades políticas porque possui a verdadeira lógica do sistema representativo, pois exige uma unidade de vistas entre os Ministros, e entre estes e o Parlamento.

Nesse sistema, o gabinete é o órgão de controle de todo o governo, conduzindo a nação, graças à confiança recebida do Parlamento. “No parlamentarismo o governo de

⁴⁸¹ TAVARES, André R., cit. p. 1072.

⁴⁸² O Tribunal Superior Eleitoral tem trinta e cinco partidos políticos registrados: PMDB, PT, PSDB, PP, PDT, PTB, DEM, PR, PSB, PPS, PSC, PC do B, PRB, PV, PSD, PRP, PSL, PMN, PHS, PTC, PT do B, PSDC, SD, PTN, PRTB, PSOL, PROS, PEN, PPL, PMB, PSTU, REDE, PCB, NOVO, PCO.

⁴⁸³ TAVARES, André R., cit. p. 1072.

⁴⁸⁴ LINZ, Juan. The perils of presidentialism. *Journal of Democracy*. vol. I, nº 1, p. 51-69, 1990.

⁴⁸⁵ “Os historiadores políticos datam daí o advento do governo parlamentar na Inglaterra, visto que este, como assinala Esmein, ‘não é outra coisa senão a responsabilidade ministerial arrastada aos seus derradeiros limites’”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. cit., p. 397.

gabinete deixa de ser uma absorção do poder executivo pelo poder legislativo para se transformar fundamentalmente numa fusão de ambos os poderes”.⁴⁸⁶

Em decorrência dessa ligação entre os Poderes e do protagonismo que o Parlamento possui sobre o governo ministerial, dividindo as responsabilidades políticas com o Primeiro-Ministro, as graves crises políticas não são tão frequentes como ocorrem nas jovens democracias latino-americanas.

Ressalte-se que o governo de gabinete é ligado à maioria parlamentar e também profundamente ligado à opinião pública, de modo que se o Primeiro-Ministro perder o respeito da sociedade em geral, perderá também apoio da maioria parlamentar e, sem dúvida, perderá a governabilidade.

No parlamentarismo inglês, o poder da opinião pública organiza e derruba governos, faz e desfaz maiorias investidas com poderes de direção política. Bonavides destaca que “a imprensa e o partido também influem decisivamente na condução do governo, afirmando ainda que são órgãos da Constituição viva, governam a nação”.⁴⁸⁷

Assevera ainda que “daí dizer-se, sem nenhum exagero, que só há um sinônimo para o chamado governo de gabinete: governo de opinião”.⁴⁸⁸

O parlamentarismo, com a sua necessidade de governo da maioria, é menos propenso às crises institucionais que o presidencialismo, visto que neste sistema, o personalismo e absolutismo de alguns Presidentes, supostos donos dos cargos e dos recursos públicos, e a incapacidade de negociar com o Congresso políticas alternativas, é causa de instabilidade política, resvalando nas “crises de ingovernabilidade”.

⁴⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., p. 410.

⁴⁸⁷ “No sistema parlamentarista, quantos ministérios não resultaram da influência de uma folha como o *Times* ou quantos gabinetes não devem à imprensa sua ruína e queda”. BONAVIDES, Paulo. *Idem*, ibidem, p. 411.

⁴⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, ibidem, p. 410.

11. Análise do Mandado de Segurança nº 21.546 impetrado no “Caso Collor” perante o Supremo Tribunal Federal

Fernando Collor ingressou com Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, visando o esclarecimento de algumas regras estabelecidas pelo Presidente da Câmara dos Deputados, alusivas à tramitação do processo de *impeachment* naquela Casa, aduzindo que citadas regras eram inadmissíveis e ilegítimas, por desrespeitarem a Constituição e o Regimento Interno, a Lei nº 1.079/50 e as mais mezinhas garantias contidas na cláusula do *due process of law*.

O Presidente da Câmara, Deputado Ibsen Pinheiro, ao receber a denúncia contra o ex-Presidente, deparou-se com uma dificuldade. As disposições da Lei nº 1.079/50 não poderiam ser diretamente aplicadas ao *impeachment* de Fernando Collor, visto que algumas regras do processo de impedimento, previstas pela Constituição de 1946, haviam sido alteradas pelos textos das Cartas de 1967, 1969 e, principalmente pela norma fundamental de 1988. Mesmo em face das dificuldades apontadas a denúncia foi aceita a fim de autorizar o início do processo perante o Senado Federal, por crime de responsabilidade, conforme previsto nos artigos 85, IV e V, da Constituição da República e artigos 8º e 9º da Lei nº 1.079/50.

A partir desse momento travou-se um problema hermenêutico porque o Presidente da Câmara e condutor do processo de *impeachment* entendeu que algumas etapas para a apresentação da defesa não mais estavam reguladas pela Lei nº 1.079/50, editada antes da Constituição de 1988, mas sim pelo Regimento Interno da Câmara.

Ibsen Pinheiro, pressionado pela mídia e pelas manifestações de rua, decidiu conduzir o processo contra o ex-Presidente com toda a celeridade possível.⁴⁸⁹ O citado Regimento dispunha que no caso de autorização para instauração do processo por crimes de responsabilidade contra o Presidente da República, a votação deveria ser por escrutínio secreto, o que era absolutamente incompatível com a nova Constituição e com a Lei nº

⁴⁸⁹ “À margem desta discussão jurídico-constitucional da maior relevância, havia o problema circunstancial que acirrava a disputa. Em face das eleições municipais que se avizinhavam, antecipar ou adiar a votação na Câmara parecia algo essencial. Para os defensores de Collor, adiar a votação para depois das eleições municipais daria fôlego e permitiria que se negociasse com os deputados o financiamento dos últimos e caros de suas próprias campanhas ou de seu afiliados, esperando em contrapartida um comprometimento desses deputados com o governo, no momento de se votar na Câmara. Essas razões parecem ter contribuído para a simplificação do procedimento de *impeachment* realizada pelo Presidente da Câmara dos Deputados”. VIEIRA, Oscar V. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 172.

1.079/50. Dessa forma, o Presidente da Câmara determinou que parte do processo de *impeachment* seria regido pela Lei nº 1.079/50 e parte pelo Regimento Interno da “Casa Baixa”.

O procedimento inicialmente adotado para o julgamento do ex-Presidente foi criticado por parte da imprensa, o qual classificou a decisão de arbitrária. Um jornal de grande circulação nacional chegou a publicar editorial afirmando que o processo político teria perdido a legitimidade, assim declarando: “ontem, a nau mudou de rota, desgraçadamente por iniciativa pessoal do Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Ibsen Pinheiro”.⁴⁹⁰

Na determinação de fazer uma mescla entre o Regimento Interno e a Lei nº 1.079/50, Ibsen Pinheiro resolveu legislar no caso concreto, fato que não passou despercebido pela defesa de Fernando Collor, que ingressou perante o Supremo Tribunal Federal com Mandado de Segurança tombado sob o número 21.564, obrigando a Corte a decidir como se daria o rito do *impeachment* de Fernando Collor, bem como a dar a interpretação acerca da recepção ou não de artigos da Lei nº 1.079/50 pela Constituição de 1988.

Em suma, o Supremo Tribunal foi chamado para fixar as normas procedimentais pertinentes ao *impeachment* do acusado, ressaltando que deveria a Corte esclarecer qual o prazo a ser fixado para a defesa de Fernando Collor perante a Câmara Federal, ou seja, se cinco ou dez sessões, bem como sobre a forma de votação nominal ostensiva, ou seja, voto aberto adotado pelo Presidente da Câmara para a admissão da acusação, que contrariava o Regimento Interno.

O julgamento do referido MS nº 21.564 durou mais de oito horas e foi transmitido em rede nacional de televisão, momento em que os Ministros foram obrigados a justificar seus votos não somente para a comunidade jurídica, mas para todo o povo brasileiro.

O processo foi relatado pelo Ministro Octávio Gallotti o qual sustentou que a votação deveria ser aberta, reconhecendo a validade do artigo 23 da Lei nº 1.079/50. Acerca do prazo de defesa do acusado, entendeu que deveria ter aplicabilidade o artigo 217 do Regulamento Interno da Câmara dos Deputados, decidindo pelo prazo de dez sessões para a apresentação da defesa de Fernando Collor, autorizando a realização de diligências solicitadas pela Comissão processante. Apesar de ter sido seguido, nesse ponto, pelos Ministros Ilmar Galvão e Moreira Alves, a decisão não foi acatada pelos demais Ministros.

⁴⁹⁰VIEIRA, Oscar V. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 171.

Em seguida o Ministro Carlos Velloso proferiu o seu voto posicionando-se a favor do procedimento estabelecido pelo Presidente da Câmara, à exceção do prazo de defesa que entendeu deveria ser mantido. O Ministro não entrou na discussão sobre a aplicação do artigo 217 do Regulamento da Câmara, impedindo uma maior dilação do prazo para a votação.

Os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Néri da Silveira e Sydney Sanches argumentaram que o artigo 217 se aplicava apenas no que diz respeito à ampliação do prazo de defesa de cinco para dez sessões, como havia sido decidido na liminar, a qual não se referia à convocação de testemunhas e realização de diligências, como proposto pelo relator. Somente o Ministro Moreira Alves propôs o deferimento do pedido na sua integralidade.

Importante discussão foi posta quando do julgamento do referido Mandado de Segurança, relativa à legitimidade do Tribunal para o conhecimento de matéria da competência exclusiva do Congresso Nacional. A problemática foi suscitada pelo Ministro Paulo Brossard que antes de decidir sobre o prazo para a defesa e forma de votação, suscitou a incompetência da Corte para o conhecimento de questão afeita, no seu entender, à esfera política. Da análise dos argumentos do Ministro Paulo Brossard, surge a seguinte indagação: por que o Poder Judiciário não interfere em processo de *impeachment*? Por se tratar de questão exclusivamente política? Por se tratar de questões *interna corporis*?⁴⁹¹

A resposta para as duas perguntas é não:

A minha conclusão não decorre do fato de tratar-se de questão política, como por vezes se diz, ou *interna corporis*. Embora o processo seja marcadamente político, a sanção política, as infrações políticas, isto não importa em associar-se o *impeachment* às questões meramente políticas, segundo o sentido que essas expressões têm na linguagem do Direito Constitucional. O meu entendimento se funda no fato de a Constituição haver reservado ao Senado toda a jurisdição a respeito da matéria, e excluído, por conseguinte, a interferência do Poder Judiciário. Não fora assim e a última palavra, direta ou indiretamente, seria dada pelo STF e não pelo Senado.

O Ministro respondeu que nos julgamentos de *impeachment* o Senado Federal recebe jurisdição da própria Constituição: “É que o Senado quando julga o Presidente da República,

⁴⁹¹ Brasil. *Impeachment. Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 367.

não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da Constituição e de cujas decisões não há recurso para nenhum tribunal”.⁴⁹²

O referido Ministro citou ainda o constitucionalista Paulo de Lacerda, para ratificar seu entendimento de que “o juízo do Senado é privativo, irrecorrível e irrevogável”. E mais, afirmou que “estava convencido de que o Supremo Tribunal Federal não deve interferir em assuntos da competência privativa do Congresso Nacional, agora da Câmara, depois do Senado, da mesma forma que ao Congresso não cabe introduzir-se nas decisões do Supremo”. Prossegue reconhecendo a possibilidade de arbítrio e erro do Senado nos julgamentos de tal envergadura, afirmando que quando se fala na jurisdição do Senado, logo se alude a poder arbitrário e a decisões arbitrárias, “parece que o Senado tem o monopólio do arbítrio e do erro, o fato é que bem ou mal a Constituição elegeu o Senado e nenhum outro órgão, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar determinados comportamentos de determinadas autoridades”.⁴⁹³

Depois afirma que “não entende que o Senado seja uma instância arbitrária e que por mais eminentes que sejam as atribuições do STF, ele não é o curador do Senado e sobre ele não exerce curatela”. A possibilidade de erro do Senado existe porque os homens são falíveis em seus julgamentos, porque nem o Supremo Tribunal Federal tem a verdade absoluta e quando erra, não tem mais recurso para as instâncias jurídicas, e nem mesmo para o próprio Senado.

Ante a possibilidade de erro proferido pelo Senado Federal, o Ministro trouxe ao voto as sábias palavras de Rui Barbosa, no sentido de que haverá sempre a possibilidade de as instituições que decidem por último, agirem de forma equivocada, e para estas *suma potestas* não terá reparo: “os atos, que justos ou injustos, acertados ou errôneos, não têm corretivo na ordem jurídica vigente, são aqueles em que um poder constitucional, na órbita de uma autoridade incontestável, exerce uma atribuição exclusiva, suprema ou discricionária. Assim o Supremo Tribunal Federal...Assim a Câmara ou o Senado...Assim o Congresso Nacional”.⁴⁹⁴

Essa mesma possibilidade existe para o Senado quando se transforma em instância política,

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, proferiu a seguinte decisão judicial: “Mandado de Segurança deferido, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante o

⁴⁹² Brasil. *Impeachment. Jurisprudência*. Brasília:Imprensa Nacional, 1995. p. 344.

⁴⁹³ Idem, ibidem.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem.

prazo de dez sessões, para a apresentação da defesa”. Esta é a parte que consta do dispositivo da decisão que teve o Ministro Carlos Velloso como relator designado para o acórdão.

A referida decisão que conferiu ao impetrante o prazo de dez sessões para realizar a defesa do acusado foi tomada com base na aplicação analógica do artigo 217 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O Tribunal indeferiu, porém, pretensão formulada pelo ex-Presidente Fernando Collor no sentido de que se aplicasse ao processo norma regimental que previa o voto secreto. Considerou subsistente a norma da Lei nº 1.079, de 1950, que estabelecia o processo aberto de votação. Assim, não mais subsiste dúvida de que a votação quanto à admissibilidade ou não da denúncia, perante a Câmara dos Deputados, há de fazer-se de forma nominal e ostensiva. Importante ressaltar que, no referido Mandado de Segurança, restou superada a tese, sustentada pelo Ministro Brossard, no sentido da não cognoscibilidade do mandado de segurança em razão do caráter eminentemente político da controvérsia.

Orientação semelhante já havia sido afirmada pelo Supremo Tribunal no MS nº 20.941, no qual se observava que, embora a autorização prévia para a instauração do processo e a decisão final fossem medidas de natureza predominantemente política – cujo mérito era insuscetível de controle judicial -, caberia ao Judiciário aferir a regularidade do processo de *impeachment* sempre que, no desenvolvimento dele, se alegasse violação ou ameaça ao direito das partes.

Ora, o acórdão reconheceu que a admissibilidade da denúncia é feita pela Câmara dos Deputados, mediante um julgamento político, cabendo ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, depois de autorizada pela Câmara dos Deputados, por dois terços dos seus membros.

Diante de tal decisão, que não foi objeto da segurança pretendida, mas, repita-se, posta em *obiter dictum*, ficou assentado que o *impeachment* do Presidente da República seria processado e julgado pelo Senado. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formularia a acusação e proferiria o julgamento (CF, art. 51, I; art. 52, I; art. 86, § 1º, II, § 2º). Portanto, o papel da Câmara dos Deputados, de acordo com a Carta de 1988, é apenas de exame da admissibilidade da acusação (CF, art.86, caput), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei nº 1.079/50.

Portanto, o acórdão acima mencionado não retirou o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados, mas criou nova etapa para o processo de impedimento de Fernando

Collor perante o Senado Federal. A autorização para o processo e julgamento foi recebida no dia 30 de setembro de 1992, e, no dia seguinte, 1º de outubro do mesmo ano, já estava aprovado o prosseguimento do *impeachment* na “Câmara Alta”.

Tal conclusão pode ser extraída da já mencionada biografia do ex-Presidente, na qual o autor relata como ocorreu o recebimento do seu processo de impedimento perante o Senado Federal, *in verbis*:⁴⁹⁵

No mesmo dia em que recebeu a autorização para a instauração do processo, o Senado dispensou a Ordem do Dia, elegeu a comissão especial do “impeachment”, escolheu seus dirigentes e o relator e, na mesma ocasião, aprovou o parecer favorável da Comissão Especial ao seu prosseguimento. A votação em plenário só não ocorreu na mesma sessão, em regime de urgência, por falta de quórum e graças à intrépida e serena intervenção do senador Josaphat Marinho (PFL –BA), como já assinaei. Consumou-se, porém, no dia seguinte, 1º de outubro, às vésperas da eleição municipal.

Ultrapassadas as incertezas jurídicas acerca do processo de *impeachment*, em virtude do regramento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 21.564, o processo teve seu prosseguimento normal, e o ex-Presidente teve o direito de apresentar a sua defesa no prazo de dez sessões conforme determinou o acórdão do citado remédio heróico.

Iniciado o julgamento perante o Senado, a defesa do ex-Presidente promoveu uma manobra para procrastinar a decisão, em face da ausência de uma das cinco testemunhas elencadas para depor na sessão de julgamento, tendo o advogado José de Moura Rocha pedido novo adiamento da reunião, pedido que foi indeferido pelo Ministro Sydney Sanches. Quando começou o interrogatório da segunda testemunha, Francisco Gross, o advogado do ex-Presidente pediu a palavra e apresentou a “carta renúncia”.

A sessão de julgamento foi suspensa, e o Congresso Nacional foi convocado para receber o anúncio oficial da renúncia e, posteriormente, dar posse a Itamar Franco no cargo de Presidente da República. No mesmo dia, o Ministro Sydney Sanches reabriu a sessão de julgamento do processo de *impeachment* no Senado Federal.

Após o debate entre os Senadores, o plenário foi instado a votar tendo deliberado por setenta e três votos a oito, pela continuidade do processo.

⁴⁹⁵COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit., p. 57.

O veredicto final foi prolatado pelo Ministro Sydney Sanches, nos seguintes termos: Tendo ficado extinto, pela renúncia, o mandato presidencial do acusado, encerrou-se, no Senado, o processo de *impeachment*, por ter ficado prejudicado, quando à sanção, que poderia impor a mesma extinção (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal). No mais, atingido que foi o quórum de dois terços, pela condenação do acusado, declaro que o Senado o condenou à inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, nos termos do mesmo dispositivo constitucional.

Diante da decisão do Senado de prosseguir com o julgamento do ex-Presidente, mesmo após a apresentação da “carta renúncia”, foi proposto perante o Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança nº 21.689, questionando o prosseguimento do julgamento perante o Senado, afirmando o impetrante que a decisão do Senado era inconstitucional, visto que a apresentação do pedido de renúncia deveria extinguir o processo de *impeachment*, posto que a pena de inabilitação por oito anos para o exercício de função pública nunca poderia ter sido aplicada de forma autônoma. A defesa sustentou que a pena de inabilitação é acessória em face da pena de perda do cargo. Com a renúncia e a consequente perda do cargo, não haveria mais possibilidade de declaração de inabilitação para o exercício de função pública.

O julgamento do MS nº 21.689 somente ocorreu em 06 de dezembro de 1993. Alguns Ministros não participaram da decisão: Sydney Sanches porque presidiu o processo de *impeachment* perante o Senado Federal, Marco Aurélio de Mello por ser primo de Fernando Collor e Francisco Rezek porque ocupou o cargo de Ministro das Relações Exteriores do ex-Presidente.

A questão suscitada apresentou muitas controvérsias, dividindo a opinião de juristas de reconhecimento nacional, contrários e favoráveis à sanção imposta ao renunciante. Nem no Supremo Tribunal Federal houve consenso sobre a matéria que redundou num inacreditável empate de quatro a quatro votos.

Votaram a favor da tese sustentada pelo ex-Presidente, os Ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Moreira Alves e Octávio Gallotti. Votaram contra os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard e Néri da Silveira. A decisão provocou perplexidade, e, repercutiu na imprensa e nos meios acadêmicos de forma negativa, porque a Suprema Corte decidiu não decidir à moda de Pôncio Pilatos. E mais, o empate revelava em si mesmo uma decisão, qual seja, a Corte havia chancelado o veredicto do Senado Federal.

Geraldo Ataliba criticou a decisão da Suprema Corte, afirmando que “o ato do Senado é existente, eficaz e válido. O mandado de segurança foi impetrado para obter a invalidação

(...). Ora, isso não foi possível, em razão do empate, que não traduz decisão capaz de refletir deliberação do STF nesse sentido.⁴⁹⁶

Em razão dessa decisão inusitada da mais alta Corte do país, foram chamados Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Corte que não tem a finalidade precípua de guarda da Constituição, para decidir os destinos políticos de Fernando Collor. Em que pese a competência e honradez dos Ministros do “Tribunal da cidadania”, estes não deveriam ser convocados para decidir matéria de competência exclusiva da Corte Constitucional.

Os três Ministros convocados foram: William Andrade Peterson, José Fernandes Dantas e Antônio Torreão Braz, os quais votaram contra a segurança pretendida por Fernando Collor, ficando decidido por sete votos contra quatro, pela manutenção da pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos. Assim, o ex-Presidente teve seus direitos políticos cassados até o ano 2000.

O Ministro Paulo Brossard sustentou um entendimento contrário à possibilidade do Poder Judiciário revisar a decisão tomada pelos Senadores, no sentido de prosseguir o julgamento mesmo após a apresentação da “carta renúncia” de Fernando Collor, aduzindo que não poderia revisar a decisão do Senado porque este agiu nos estritos limites de sua competência e de suas atribuições, decretando a inabilitação por oito anos para o exercício de função pública após a perda do cargo por renúncia. Ou seja, “o Senado não condenou o ex-Presidente à morte, ou à prisão, não o baniu, não lhe confiscou os bens; decidindo bem, ou decidindo mal, o Senado ficou nos estritos limites constitucionais, não os excedendo em momento algum”.⁴⁹⁷ Em outro momento do voto ratificou o entendimento de que “falece jurisdição ao Judiciário para ingressar nesses territórios, que o demônio dos interesses insiste em levá-lo a percorrer”.⁴⁹⁸

O Ministro Paulo Brossard afirmou ainda que a Constituição traçou com “nitidez matemática, as atribuições privativas do Senado e do Poder Judiciário”. Ressalta, ainda que esta competência do Senado para julgar o Presidente da República não foi uma novidade trazida pela Constituição de 1988, mas que desde os tempos do Brasil Império esta competência já estava prevista na nossa ordem constitucional, sendo este mesmo modelo adotado pela generalidade dos países, da Grã-Bretanha aos Estados Unidos.⁴⁹⁹ Quanto ao

⁴⁹⁶ ATALIBA, Geraldo. Folha de São Paulo, São Paulo, 8 de dez. 1993. p. 1-3.

⁴⁹⁷ Brasil. *Impeachment. Jurisprudência*. Brasília:Imprensa Nacional, 1995. p. 368 - 369.

⁴⁹⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁹⁹ Idem, *ibidem*.

aspecto da legalidade a Corte retirou do processo de *impeachment* o caráter eminentemente político, defendido arduamente pelo referido Ministro.

A decisão do Supremo Tribunal Federal de adentrar no mérito do *impeachment* violou a soberania do Senado, que de uma forma quase unânime decidiu pela inabilitação dos direitos de Fernando Collor, ou seja, do total de oitenta e um Senadores, setenta e seis votos foram favoráveis à condenação, três contrários e duas ausências. O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos crimes de responsabilidade não tem competência para revisar o mérito dos processos de *impeachment*, porque este tipo de julgamento é político, cabendo unicamente ao Senado Federal decidir sobre o seu mérito.

CAPÍTULO IV - A JUDICIALIZAÇÃO DO *IMPEACHMENT*: “CASO DILMA”

1. A ação proposta pelos juristas Hélio Pereira Bicudo, Janaína Conceição Paschoal e Miguel Reale Júnior

A denúncia impetrada pelos juristas Hélio Pereira Bicudo, Janaína Conceição Paschoal e Miguel Reale Júnior deu início ao *impeachment* da ex-Presidente Dilma Vana Rousseff. A peça acusatória foi posta com base em argumentos jurídicos e políticos que se imbricam e vão desaguar na tese da irresponsabilidade fiscal, geradora do crime de responsabilidade previsto no artigo 85 da Constituição Federal.

O pano de fundo da denúncia é a crise moral, evidenciada através de um perverso esquema de corrupção que sangrou os cofres públicos, levando a nação a um grave caos econômico e político que provocou a falta de governabilidade da suprema mandatária do país.

Os fatos narrados pelos denunciantes estão fundamentados no esquema de corrupção na Petrobrás, denominado “Petrolão”, que foram apurados pela operação “Lava Jato” que levou à prisão altos funcionários da estatal e outras pessoas ligadas à ex-Presidente Dilma. A denúncia também se refere ao prejuízo que a compra da refinaria de Pasadena deu à estatal, ocasião em que a suprema mandatária do país exercia a função de Presidente do Conselho de Administração da petroleira.

O réu Alberto Youssef, condenado na operação “Lava Jato”, afirmou em delação premiada que a agora ex-Presidente Dilma e o ex-Presidente Lula sabiam do esquema de propinas da Petrobrás. Nesta operação foram presas pessoas ligadas ao partido político da ex-governante, quais sejam: João Vacarri Neto e José Dirceu, bem como o ex-dirigente da estatal, Nestor Cerveró.

A denúncia também cita a promíscua relação havida entre o ex-Presidente Lula e a maior empreiteira envolvida no escândalo, cujo presidente, Marcelo Odebrecht, encontra-se preso e condenado por vários crimes.

Os autores sustentam que o ex-Presidente Lula se transformou num verdadeiro operador da empreiteira, intermediando negócios junto aos órgãos públicos, em troca de pagamentos milionários por supostas palestras, além de outras vantagens econômicas.

A peça inaugural salienta a existência de crime de responsabilidade da ex-governante em decorrência da relação espúria entre ela e o ex-Presidente Lula, o qual nunca saiu do poder, mediante a prática de tráfico de influência dentro da máquina pública para alcançar objetivos inescrupulosos, bem como agindo como representante da empresa Odebrecht no exterior. Argumentam ainda que a referida empresa manteve contratos com países como Cuba e Angola, os quais receberam vultosos empréstimos da nação brasileira.

Sustentam os denunciantes a existência de crime de responsabilidade, em virtude de a ex-Presidente Dilma ter nomeado o ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro de Estado, a fim de conceder-lhe foro privilegiado com o objetivo de livrá-lo de eventual prisão preventiva proveniente do Juízo Federal do Paraná.

Assim, os autores ressaltam a conduta dolosa da denunciada em face da reiteração dos fatos, sua magnitude e o comportamento adotado, em não responsabilizar os seus subalternos em virtude das denúncias de crimes por eles cometidos, bem como a conduta omissiva relativa aos desmandos da Petrobrás.

Além dos crimes atentatórios à probidade da administração, a denúncia ainda está lastreada no relatório do Tribunal de Contas da União que rejeitou as contas do governo Dilma, relativamente ao ano de 2014, em face das sérias lesões ao orçamento, perpetradas pela prática das chamadas pedaladas fiscais.

De acordo com técnicos do Tribunal de Contas da União, benefícios sociais e subsídios federais eram pagos por bancos públicos (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil), sem que o Tesouro Nacional tivesse feito o devido repasse dos valores a tempo, os quais envolveram um montante de R\$ 40 bilhões. Essa manobra ilegal constitui-se num adiantamento feito pelos bancos, contrariando a proibição legal de fazer empréstimos e o dever de transparência quanto à situação financeira do país. Estes “empréstimos” são proibidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Afirmam os denunciantes que a conduta da ex-Presidente teve por escopo maquiar as contas públicas a fim de passar à nação a imagem de que o Brasil estaria em condições econômicas saudáveis, portanto, em condições de manter os programas sociais; fato

contrariado pelo Tribunal de Contas da União quando rejeitou as contas do governo Dilma, referentes ao exercício de 2014.

Além das pedaladas fiscais, a ex-Presidente Dilma foi denunciada pela edição de decretos sem número nos anos de 2014 e 2015, abrindo créditos suplementares na ordem de R\$ 18,4 bilhões, sem a autorização do Congresso Nacional.

Aduz a denúncia que estes decretos foram publicados após a constatação, pelo Tesouro Nacional, de que as metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária anual não haviam sido cumpridas, como revelado pelo Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias do 5º bimestre de 2014, do Tesouro Nacional.

A denúncia afirma que a abertura de créditos suplementares deve ser compatível com a meta fiscal. Todavia, esta foi desatendida, visto que a arrecadação foi menor do que a esperada, cabendo à ex-Presidente limitar os empenhos e movimentações financeiras. Mas, mesmo assim, expediu os decretos sem a autorização prévia do Poder Legislativo.

Afirmam os juristas que o resultado das metas estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (resultado primário), não estava sendo cumprido pelo Governo Federal, tanto que o resultado das metas de *superávit* primário foi alterado por meio do Projeto de Lei nº 36/2014 (transformado na Lei 13.053/2014).

A partir da aprovação desta Lei a meta fiscal foi reduzida em até R\$ 67 bilhões. Portanto, diz a denúncia que a ex-Presidente Dilma, desde o dia 5 de novembro de 2014, já tinha conhecimento de que a meta de *superávit* primário prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias não estava sendo cumprida e que não seria cumprida, mesmo assim expedira decretos para a abertura de créditos.

Esta conduta da ex-Presidente viola a Lei Orçamentária anual, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o artigo 167, V, da Constituição Federal que estabelecem ser vedada a abertura de crédito suplementar sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes.

Os decretos foram editados e publicados após a data de propositura do Projeto de Lei nº 05/2015 no Congresso Nacional, o que revela o dolo da denunciada. Diz a acusação que os decretos de 2015 exibiam um *superávit* "artificial", pois já se sabia que a Lei de Diretrizes Orçamentárias não seria cumprida. Não obstante o ocorrido no ano de 2014, a mesma conduta da denunciada foi praticada no ano de 2015.

2. Pontos fixados pelo Presidente da Câmara dos Deputados para o recebimento da denúncia

O então Presidente da Câmara dos Deputados recebeu a denúncia com base em dois pontos: a prática das pedaladas fiscais, ou seja, repasses não realizados ou realizados com atrasos pelo Tesouro Nacional ao Banco do Brasil, relativos à equalização de taxas de juros referentes ao Plano Safra, no exercício de 2015, além da edição de decretos sem número que abriu créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional, assinados pela ex-Presidente e publicados entre 27 de julho e 20 de agosto de 2015.⁵⁰⁰

O Tribunal de Contas da União, ao julgar as contas da ex-Presidente Dilma Rousseff, alusivas ao ano de 2014, reconheceu a prática das pedaladas fiscais e da abertura de decretos sem número.

Na decisão que recebeu a denúncia do *impeachment*, o Deputado Eduardo Cunha descartou do texto original dois elementos,⁵⁰¹ a saber: as pedaladas de 2014, referentes ao

⁵⁰⁰ 31. Todas essas movimentações financeiras e orçamentárias acarretaram, evidentemente, o surgimento de passivos do Governo Federal junto à Caixa, ao FGTS e ao BNDES, em cujos balanços constam devidamente registrados tais haveres, a débito do Tesouro Nacional. Ou seja, no bojo dessas operações, créditos foram efetivamente auferidos pela União, à margem da Lei Complementar 101/2000 (LRF).

32. Uma vez caracterizados como operações de crédito, tais procedimentos violam restrições e limitações impostas pela LRF.

33. Primeiro, porque, no que se refere aos recursos disponibilizados pela Caixa e pelo BNDES, envolvem instituições financeiras públicas controladas pelo ente beneficiário dos valores, contrariando o art. 36 da LRF, segundo o qual é “proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo”. Depois, porque não atendem às formalidades requeridas no art. 32 da referida lei, em especial a necessidade de prévia e expressa autorização no texto da lei orçamentária para sua contratação, estabelecida no inciso I do § 1º do referido artigo. E, ainda, porque, circunstancialmente, infringem a vedação do art. 38, inciso IV, alínea “b”, da Lei, que proíbe a contratação de crédito por antecipação de receita no último mandato do Presidente da República. [...]

56. De fato, ainda não compreendo como é que dezenas de bilhões de reais em passivos da União tornaram-se imperceptíveis ou indiferentes aos olhos do Banco Central, não obstante constarem devidamente registrados nos ativos das instituições credoras e terem sido rapidamente flagrados pelos auditores do TCU.

57. Afinal, se as dívidas que escaparam ao controle do Banco Central tivessem sido detectadas desde o seu surgimento, as irregularidades apontadas neste processo provavelmente não ganhariam grandes proporções nem se estenderiam por tanto tempo.

58. Observo que a responsabilidade da Autoridade Monetária de apurar os resultados fiscais da União é derivada das leis de diretrizes orçamentárias e fixada pelo próprio Governo Federal, mediante indicação do Presidente da República, que detém o poder hierárquico.

⁵⁰¹ “Relator no Senado excluiu temas do parecer provavelmente para evitar questionamentos legais, já que o Deputado Eduardo Cunha, ao aceitar o pedido de *impeachment*, já as havia descartado e o parecer da Câmara fez o mesmo. Na Câmara, duas acusações que existiam no pedido de *impeachment* original foram eliminadas. 1) Pedaladas de 2014 descartadas por serem referentes ao mandato anterior. O Deputado Eduardo Cunha afirmou e Jovair Arantes o seguiu: o crime de responsabilidade tem de ser cometido no atual mandato para embasar um *impeachment*. Nas pedaladas de 2014, Governo atrasou repasse no total de R\$ 40 bilhões a bancos públicos e ao FGTS e essas entidades tiveram que pagar programas federais com recursos próprios. A operação configura

mandato passado, e a responsabilidade da ex-governante pelo escândalo da Petrobrás, o qual classificou como meras “ilações” insuficientes para dar suporte jurídico-político para o processo de impedimento da Presidente da República.

O enquadramento legal dado pela Câmara dos Deputados foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MS nº 34.130.⁵⁰²

Em suma, a denúncia promovida pelos autores do pedido de impedimento da ex-Presidente da República foi recebida com a seguinte base jurídica: Constituição Federal, art. 85, VI e art. 167, V; e Lei nº 1.079, de 1950, art.10, item 4 e art. 11 e da contratação ilegal de operações de crédito (Lei nº 1.079, de 1950, art. 11).

A denúncia atribuiu à ex-Presidente Dilma Rousseff a prática de graves crimes de responsabilidade, por ter supostamente praticado atentado contra a lei orçamentária, porque essa lei é considerada como a lei financeira mais importante da ação governamental, sem a qual não há meio de governar de acordo com a Constituição.

As condutas atribuídas à ex-Presidente – pedaladas fiscais e abertura de decretos sem autorização legislativa - configuram atos contra a própria Constituição Federal, capazes de deflagrar a abertura de processo de *impeachment*.⁵⁰³

empréstimo, segundo o TCU, e, portanto, é ilegal. 2) Operação Lava Jato foi descartada por se tratar de “ilações”, segundo o Deputado Eduardo Cunha o crime de responsabilidade tem de ser cometido no atual mandato para embasar um *impeachment*. Nas pedaladas de 2014, Governo atrasou repasse no total de R\$ 40 bilhões a bancos públicos e ao FGTS e essas entidades tiveram que pagar programas federais com recursos próprios. A operação configura empréstimo, segundo o TCU, e, portanto, é ilegal. Governos anteriores pedalaram, mas escala da gestão Dilma (2011-2014) foi muito maior Cunha afirmou e Arantes seguiu seu entendimento: consideram que há denúncias graves contra o Governo no escândalo da Petrobras, inclusive contra Dilma, que foi do conselho da estatal, e "omissa". Cunha descartou por disse se tratar de "ilações". Parecer da Câmara dizia que surgiram "fatos novos" após o recebimento da denúncia, em provável referência à delação de Delcídio do Amaral, que acusa Dilma, e delação de empreiteira que cita ter repassado propina disfarçada em forma de doação legal à campanha de Dilma e que isso poderia vir a ser considerado no Senado. Anastasia não citou a Lava Jato no relatório do Senado”. Do que Dilma é (e não é) acusada no parecer votado no Senado nesta quarta. Decretos e 'pedaladinha' de 2015 estão em texto. Lava Jato e pedaladas de 2014 não fazem parte. http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/31/politica/1459453388_280149.html. Acesso em: 17 mai. 2016.

⁵⁰² O Supremo Tribunal Federal também foi chamado a se manifestar acerca do assunto, no Mandado de Segurança nº 34.130, julgado em 15/04/2016, que decidiu: “Ao final do julgamento, submetida a questão ao Plenário, pelo Presidente, os Ministros presentes autorizaram que fosse consignado em ata que o objeto de deliberação pela Câmara estará restrito à denúncia recebida pelo Presidente daquela Casa, ou seja, i) seis Decretos assinados pela denunciada no exercício financeiro de 2015 em desacordo com a LDO e, portanto, sem autorização do Congresso Nacional; e ii) reiteração da prática das chamadas pedaladas fiscais”.

⁵⁰³ A lei orçamentária: O atentado contra a lei orçamentária é grave, porque se trata da lei financeira mais importante da ação governamental, sem a qual não há meio de governar de acordo com a Constituição. Mas a lei especifica os casos em que o desrespeito à lei orçamentária se define como crime de responsabilidade, a começar pela não-apresentação ao Congresso Nacional da proposta do orçamento federal no prazo previsto. Nesse caso, nem é propriamente a lei orçamentária que é infringida, mas a Constituição; mas essa infringência constitucional não comporta ação de inconstitucionalidade, por isso que não há como o Judiciário corrigi-la. Igualmente é crime de responsabilidade a transposição de verba sem autorização legislativa, assim como exceder as dotações

3. A argumentação política utilizada na defesa de Dilma Rousseff

Passados mais de vinte e quatro anos do primeiro *impeachment* no Brasil, percebe-se claramente que os argumentos e raciocínios retóricos utilizados pela defesa de Fernando Collor foram revisitados pela defesa de Dilma Rousseff.

Do ponto de vista político, o então Deputado Federal Roberto Jefferson, responsável pela defesa de Fernando Collor, afirmava que os vencidos no pleito eleitoral visavam fazer oposição ao Presidente através do terceiro turno eleitoral,⁵⁰⁴ bem como desejavam transformar a Comissão Parlamentar de Inquérito de Paulo César Farias (no caso Dilma o referencial é a operação “Lava Jato”) no açoite do Presidente.⁵⁰⁵ Aduziu ainda que os adversários políticos das eleições passadas queriam punir a vitória pela maioria derrotada, e ainda falavam em rasgar a Constituição⁵⁰⁶, bem como agir pelos preconceitos ideológicos⁵⁰⁷ e tirar da Presidência um governante legitimamente eleito pelo povo.⁵⁰⁸

A defesa de Fernando Collor também sustentava a tese do golpe parlamentar, pois os derrotados conspiravam para afastá-lo do poder,⁵⁰⁹ em total violação à democracia e ao Estado Democrático de Direito.⁵¹⁰

A defesa da ex-Presidente Dilma, promovida perante a Câmara dos Deputados e Senado Federal, foi feita pelo então Advogado Geral da União, José Eduardo Martins Cardoso; após o recebimento da denúncia pela “Casa Alta”, a defesa continuou com o referido patrono, agora como advogado constituído pela denunciada.

O referido causídico realizou a defesa da ex-Presidente em duas frentes de batalha. A primeira frente começa com a defesa política. Promovem-se os mesmos fundamentos da defesa de Fernando Collor, ou seja, a ex-Presidente foi acusada injustamente, e que os adversários políticos, associados à grande mídia, não aceitaram um governo que incluiu os

orçamentárias previstas, ou realizar estorno de verbas e infringir patentemente, e de qualquer modo, dispositivo de lei orçamentária. SILVA, José A. da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 500.

⁵⁰⁴ COLLOR DE MELLO, Fernando A., cit. p. 77.

⁵⁰⁵ Idem, *ibidem*. p. 61.

⁵⁰⁶ Idem, *ibidem*. p. 72

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*. p. 07.

⁵⁰⁸ Idem, *ibidem*. p. 40.

⁵⁰⁹ Idem, *ibidem*. p. 16.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*. p. 21- 38- 44.

pobres em seu projeto político. Sustentaram a tese do golpe argumentando que a ex-Presidente foi legitimamente eleita pelo povo brasileiro com mais de 54 milhões de votos.⁵¹¹

Alegaram ainda que o processo de impedimento se constituiu num golpe contra a democracia e o Estado Democrático de Direito, visto que a utilização do instituto significa inabilitar milhares de votos e articulações construídas pelos partidos políticos e pelos cidadãos. Portanto, aduziram que a utilização deste tipo de processo deveria ser feita de forma responsável e excepcional.

Os defensores da ex-Presidente Dilma também argumentaram que o *impeachment* não deveria ser uma alternativa à democracia eletiva, e que sua utilização indiscriminada poderia significar o aniquilamento da própria democracia, e que o escopo do referido instituto é a defesa da Constituição. Fora destas alternativas o uso indiscriminado do *impeachment* seria um desserviço à democracia, ainda que utilizado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal com observância do quórum para a sua instauração.

A defesa da ex-Presidente, no seu viés político, argumentou ainda que o *impeachment* não é um instrumento para testar o resultado das urnas, numa espécie de terceiro turno eleitoral feito pelo Congresso Nacional. Este é também o pensamento de parte da doutrina que defende que o remédio para os problemas da governabilidade está nos caminhos apontados pela própria Constituição, o seja, sempre aguardar a vontade soberana das urnas que haverá de julgar o bom e o mau governo.⁵¹²

O patrono da ex-Presidente argumentou, ainda, perante a Comissão que analisava a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal que o processo de impedimento estava sendo utilizado inadequadamente como forma de se retirar uma mandatária por falta de popularidade, aduzindo que o instituto não poderia ser utilizado contra a ex-Presidente da República, simplesmente porque houve um descontentamento da população com a política econômica do governo, ou, ainda, por perda da confiança no projeto de governo, pois no

⁵¹¹ “Do que for decidido por este augusto e severo Tribunal Político dependerá a estabilidade das nossas instituições, pois os fatos da hora presente constituirão precedentes de permanente invocação por todos quantos, inconformados com as manifestações das urnas, vislumbrarem na fórmula do impeachment um caminho exitoso para reverter resultados eleitorais”. Defesa do Advogado dativo Inocêncio Mártires Coelho no processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor.

⁵¹² “O remédio para os inapropriados caminhos que costumam ser oferecidos é a própria democracia constitucional, com seus bloqueios normativos e sistema de nulidades. Essa é uma das conhecidas vocações do constitucionalismo, e que tem servido exemplarmente bem às sociedades que a esse modelo se alinham. O *impeachment* não é um mecanismo para testar novamente o resultado das urnas ou a vontade formalmente manifestada por toda a sociedade. Entende-se, pois, que essas sequer se tornem preocupações manifestas das Casas do Congresso Nacional quando se trata legitimamente de um *impeachment*. É, em realidade, um mecanismo típico do modelo Presidencialista brasileiro, de defesa da Constituição e, portanto, de suas instituições.” TAVARES, André R, cit., p. 1060.

presidencialismo não caberia o “voto de desconfiança” que faz o Primeiro-Ministro renunciar ao cargo de Chefe de Governo, como ocorre no sistema parlamentarista. Sustentou também que utilizar o processo de *impeachment* para depor um Presidente em virtude da perda da confiabilidade de parcela da população seria uma espécie de golpismo.⁵¹³

Todavia, os opositores de Dilma Rousseff acrescentaram que a tese é estapafúrdia, visto que não há golpe de Estado quando as instituições estão em pleno funcionamento, pois a ideia de golpe está associada à prática de um processo ilegal, e a defesa da ex-Presidente Dilma foi promovida de todas as formas legais. Afirmaram que o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório foram respeitados, visto que o processo e julgamento foi realizado “ao vivo”, em tempo real pelas emissoras de televisão.⁵¹⁴

⁵¹³ “Não se pode subverter nosso sistema para atender ao desejo de fazer uso do (e instaurar o) voto de desconfiança, típico de modelos parlamentaristas, mas completamente descabido em nosso sistema. Utilizar essas razões para permitir a abertura de processo de *impeachment* seria atuar completamente à margem da Constituição, para seguir exclusivamente um voluntarismo que pode resvalar facilmente para o autoritarismo ou para golpismos de várias matizes.” TAVARES, André R., cit., p. 1060.

⁵¹⁴ “Preliminarmente às considerações finais deste Relatório, cabe refutar as insistentes e irresponsáveis alegações, por parte da denunciada, de que este processo de *impeachment* configuraria um “golpe”. Em primeiro lugar, nunca se viu golpe com direito a ampla defesa, contraditório, com reuniões às claras, transmitidas ao vivo, com direito à fala por membros de todos os matizes políticos, e com procedimento ditado pela Constituição e pelo STF.

Demais disso, o que se quer é deslegitimar a própria figura do *impeachment*, como se ela fosse estranha ao presidencialismo, ou sua antítese, o que é objetivamente falso. A demissão do Presidente irresponsável, por meio do processo de impedimento, é justamente uma forma de se responsabilizar o Chefe de Estado e de Governo, que já goza, no presidencialismo, de posição muito mais estável e confortável que no parlamentarismo. Daí o processo rigidamente previsto na Constituição e nas leis, além do quórum elevadíssimo para a destituição (registre-se: o quórum mais alto de todos os casos previstos na Carta Magna).

Na verdade, a responsabilização faz parte da própria ideia de Estado de Direito e de República. Se não, teríamos um poder absoluto do governante. O *impeachment* é mecanismo que dá ao presidencialismo uma possibilidade – ainda que tímida, na visão de Rui Barbosa (*A Imprensa e o Dever de Verdade*, p. 21) – de responsabilização política do Presidente, sem rupturas institucionais. Querer defender o presidencialismo sem *impeachment* é querer, mais uma vez, o melhor (para o governo) de dois mundos: o Executivo forte do presidencialismo, mas sem a possibilidade de retirada do poder em caso de abuso. Presidencialismo sem possibilidade de *impeachment* é monarquia absoluta, é ditadura, por isso que o mecanismo foi previsto em todas as nossas Constituições, e inclusive já utilizado sem traumas institucionais.

No processo de *impeachment*, cabe aos senadores, na condição de julgadores, dar a última palavra sobre a subsunção dos fatos narrados na denúncia à norma – tanto formal quanto material. Uma vez (e se) instaurado o processo, a denunciada deverá se defender dos fatos narrados, e não da tipificação jurídica proposta na denúncia e aceita pela Câmara dos Deputados. Como já referido (item 2.3.1), durante a instrução probatória, o julgador pode, conforme previsão expressa do CPP (art. 383), alterar essa tipificação, propor distinta classificação jurídica para os fatos postos.

Dado todo o contexto e análise dos fatos, identificamos plausibilidade na denúncia, que aponta para a irresponsabilidade do Chefe de Governo e de Estado na forma como executou a política fiscal. Conforme Montesquieu, em seu clássico *O Espírito das Leis*, a gestão do dinheiro público é o “ponto mais importante da legislação”. Não é, importante repetir, apenas um problema *de governo*, mas *de Estado*, pois tem potencial para afetar as futuras gerações.

A possibilidade jurídica de julgamento político é a razão de ser da previsão dos crimes *de responsabilidade* em nosso ordenamento, repetimos, e o *impeachment* pode e deve ser considerado uma das maiores expressões da Democracia. O Estado é desafiado pelo cidadão comum e chamado a dar explicações. Afinal, já escreveu Paulo Brossard: “A só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercer

Essa versão é corroborada pelo fato de que os autos do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff possuem 72 volumes e 24.000 mil laudas.

Aduziram, ainda, que a existência de golpe pressupõe um rompimento da Constituição, e que muito pelo contrário, o *impeachment* é um processo constitucional cuja finalidade é a concretização do princípio da responsabilidade sem o qual o princípio democrático não existe.⁵¹⁵ Os denunciantes rechaçaram a tese tantas vezes ditas pela ex-Presidente Dilma, no sentido de que golpe seria permitir que a corrupção sistêmica que assola o país se perpetuasse indeterminadamente.⁵¹⁶

Essa alegação promovida pela ex-Presidente não levava em conta que no regime presidencialista, não existe uma hierarquia entre os poderes, pois eles possuem uma estrutura

o governo devem responder pelo uso que dele fizeram, uma vez que governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático” (*O Impeachment*, p. 9).

É um mecanismo que também paga seu tributo ao princípio federativo. Em suma, permite-se que a Casa Política que representa os Estados da Federação, o Senado Federal, julgue a gestão pública do Chefe da União, e, se for o caso, o destitua por irresponsabilidade, uma vez praticadas condutas ofensivas a bens jurídicos caros para a existência e a viabilidade do Estado, elencados na Lei Maior.

Não se trata, por fim, de “criminalização da política fiscal”, como registrou a denunciada em sua defesa escrita apresentada a esta Comissão, mas da *forma como* a política foi executada, mediante o uso irresponsável de instrumentos orçamentário-financeiros.

Em face do exposto, consideramos que os fatos criminosos estão devidamente descritos, com indícios suficientes de autoria e materialidade, há plausibilidade na denúncia e atendimento aos pressupostos formais, restando, portanto, atendidos os requisitos exigidos pela lei para que a denunciada responda ao processo de *impeachment* com base na tipificação submetida e admitida pela Câmara dos Deputados:

- a) Ofensa aos art. 85, VI e art. 167, V da Constituição Federal, e aos art. 10, item 4, e art. 11, item 2 da Lei nº 1.079, de 1950, pela abertura de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional, e
- b) Ofensa aos art. 85, VI e art. 11, item 3 da Lei nº 1.079, de 1950, pela contratação ilegal de operações de crédito com instituição financeira controlada pela União”. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵¹⁵ Dizem que o termo “golpe” não pode ser utilizado na atual situação. “O surrado discurso do golpe não deve ser acolhido. A má gestão pública de um governante pode ser valorada por Vossas Excelências”, disse Fábio Medina Osório. “O Senado é soberano na valoração de fatos e provas em matéria de *impeachment* [...], na definição legal típica dos crimes de responsabilidade. O enfrentamento da tipicidade cabe exclusivamente a este Senado.” OSÓRIO, Fábio Medina. *Processo de impeachment de Dilma*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dila/noticia/os-argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado.html>. Acesso em: 11 mai. 2016.

⁵¹⁶E quatro dias depois de mais de 70% dos deputados terem dado luz verde ao início do processo de “*impeachment*”, cumprindo as normas (o “rito”) previamente estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal onde oito dos seus 11 membros foram nomeados por Dilma ou por Lula, a presidente viajou para Nova Iorque para internacionalizar na ONU a narrativa do golpe. Como acontece no Brasil sempre que o presidente deixa o país, o comando – incluído o das Forças Armadas – passa para as mãos do “vice”, no caso Michel Temer, apontado por Dilma como o chefe dos golpistas. A viagem de Dilma é, portanto, a mais concreta prova de normalidade institucional. É, em si mesma, a negação da narrativa da presidente. A democracia exige vigilância. Os democratas submetem-se a ela. O que os recorrentes “golpes” denunciados por Dilma, Lula ou Sócrates revelam é que verdadeiramente não o são. Só o terão podido aparentar quando ainda tinham “A Confiança no Mundo” da impunidade. HENRIQUE, Luciano. “Os golpes de Dilma, Lula e Sócrates”, por Eva Gaspar. <https://lucianoayan.com/2016/05/15/os-golpes-de-dilma-lula-e-socrates-por-eva-gaspar/>Acesso em: 15 mai. 2016.

que permite um Poder controlar outro Poder, é o velho mecanismo de equilíbrio denominado pelos ingleses de *check and balance*.

O escopo desse monitoramento de um Poder pelo outro é evitar o ressurgimento do absolutismo, outrora vigente na Europa, onde o egocêntrico “Rei Sol”, Luiz XIV, proclamou a célebre frase: *L’État c’est moi*.

O *impeachment* é um mecanismo de proteção do próprio presidencialismo evitando que as bases do poder presidencial sejam ignoradas, violadas ou sofram um ataque por aquele que assumiu o dever de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do país, comprometer-se com a defesa intransigente da Constituição.⁵¹⁷

Assim, fica evidenciado, a todas as letras, que o *impeachment* é um instrumento de controle das atividades do Presidente da República pela prática de infrações comuns e delitos funcionais, o qual tem o dever de prestar contas de sua responsabilidade política.

O fortalecimento do Poder Executivo se constitui numa doença que desestabiliza o sistema de freios e contrapesos. Isto porque o presidencialismo é um regime conhecido pelo personalismo, pelo excesso de bajulações em virtude da grandeza de poderes concentrados na pessoa do Presidente. Ackerman destaca os riscos ao regime de *check and balance* decorrente do fortalecimento do Poder Executivo, ressaltando os perigos de um regime presidencialista imperial.⁵¹⁸

Nesse sentido, podemos dizer que o *impeachment* é um instrumento de controle horizontal dos crimes presidenciais, exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, situação que a doutrina americana tem denominado de *horizontal accountability*.

O *impeachment* é um instrumento constitucional que visa proteger as instituições democráticas contra os excessos do presidencialismo, o qual se constitui num instrumento excepcional de equilíbrio e não instrumento de exceção.⁵¹⁹

⁵¹⁷ TAVARES, André R., cit., p. 1062-1063.

⁵¹⁸ ACKERMAN, B. A. & Ebrary Academic Complete 2010. *The decline and fall of the American republic*. Cambridge, Mass.: Delknap Press of Havard University Press.

⁵¹⁹ “É preciso deixar claro: o *impeachment* é instrumento excepcional de equilíbrio e não instrumento de exceção. Supor que o sistema presidencialista estaria em cheque pela ocorrência do impedimento é defender um sistema de tal forma rígido e engessado que submetteria a República a arbitrariedades de um “monarca eleito”. Em outras palavras, o *impeachment* dialoga com a soberania popular, mediante arranjo sábio entre as instâncias políticas e jurídicas do País. Nesse cenário, a alegação de que o presente *impeachment* é um golpe é absolutamente descabida e desprovida de amparo fático e legal. Pelo contrário, o *impeachment* é justamente um mecanismo constitucional que previne rupturas institucionais, repito. Desse modo, desde já, merece contraponto a estratégia da defesa de desqualificar o instituto do *impeachment*, o procedimento em curso, os autores da denúncia e os

O relator do processo de impedimento afirmou que o instituto tem fundamento na Constituição da República, porém com uma inafastável dimensão política que inexoravelmente contemplou o chamado “conjunto da obra”, o qual foi objeto de deliberação parlamentar, visto que a política na democracia compartilha um pano de fundo político-jurídico.⁵²⁰

Os autores dos “Artigos Federalistas”, há mais de duzentos anos, já tinham admitido a agitação que o processo de *impeachment* provoca em toda a comunidade e a divisão em grupos favoráveis ou contrários ao acusado.⁵²¹

Esse é o retrato da atual sociedade brasileira, visto que o processo de impedimento da ex-Presidente da República dividiu famílias, amigos e colegas de trabalho. Em resumo, a estratégia da defesa política de Dilma Rousseff, não só no Senado Federal, mas também nos

segmentos e parlamentares apoiadores da iniciativa, associando-os, com alarde na esfera interna e internacional, às práticas golpistas e à quebra da ordem democrática. Na verdade, é a própria Senhora Presidente da República que, em discurso pessoal de defesa, em todas as tribunas institucionais, desde o início da tramitação do procedimento, vem propagando um discurso retórico de desconstrução da legitimidade do *impeachment* que ora se relata”. Destaque do autor. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵²⁰“Por outro lado, não se cuida, neste mister, de abonar a linha de defesa da Senhora Chefe do Poder Executivo, que pretende, por estratégia retórica, a ela atribuir um salvo conduto para que transite pela história como a Senhora do bem, que paira além da linha dos anjos.

Diz a defesa: “Não há argumentos falsos ou construções jurídicas fraudulentas que sobrevivam à marcha inexorável do tempo e às duras páginas da história”.

Aqui, não aduzirei inverdades, não admitirei construções jurídicas fraudulentas. Empreenderei meus esforços na análise da matéria, fiel ao princípio republicano, fiel a à democracia, fiel ao Direito e ao múnus político que me cabe. Particparei da História, é certo, mas ela segue o seu rumo, e, agora, nada posso fazer que não seja servir à Nação, com grandeza de espírito e responsabilidade que a missão exige. Se é forçoso compreender a delimitação objetiva da imputação que se submeterá ao crivo jurídico para fins de configuração fática e subsunção à matriz de tipicidade constitucional, impõe-se, igualmente, compreender a inafastável dimensão política que, sem prejuízo daquela, projeta-se a partir de um pano de fundo de tessitura complexa, de uma rede de fatores, que, intra ou extra autos, conforma o chamado contexto do julgamento, não cabendo aqui maiores considerações a respeito, já que este é o substrato por excelência da atuação parlamentar. Esses elementos estão nas ruas, em reiteradas e plurais manifestações, em diversificadas análises internas e internacionais, em diferenciadas mídias, em pesquisas de opinião, em anais do Congresso Nacional, em indicadores sociais e econômicos, em rumoresos inquéritos e processos judiciais, em acalorados debates e no silêncio da reflexão de cada qual. Se a política na democracia compartilha livremente este pano de fundo contextual ou referencial, não se revela necessário tematizar os elementos do contexto, salvo os diretamente vertidos aos fatos objeto da análise no bojo deste processo de *impeachment*”. Destaque do autor. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵²¹“Como todos estes delitos atacam diretamente a sociedade mesma, são, pela sua natureza, daqueles que com mais propriedade pode ser chamados de políticos; e, por esse motivo, as causas dessa ordem não podem deixar de agitar as paixões da sociedade inteira e de dividi-la em partidos mais ou menos favoráveis ou mais ou menos inimigos do acusado.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John, cit., p. 394.

programas eleitorais, foi lastreada na afirmação de que o *impeachment* é golpe de estado, golpe parlamentar, golpe contra a democracia!⁵²²

A argumentação da ex-Presidente de que o *impeachment* viola a democracia foi refutada por Paulo Brossard que concluiu em sua clássica obra *O Impeachment*: “um Governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático”.⁵²³

O Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Cláudio Lamachia, classificou de “desserviço” a tese de Dilma Rousseff e aliados de que o *impeachment* é um golpe. Afirmou que: “O STF regrou o processo. É absolutamente democrático”.⁵²⁴

Este discurso de golpe foi utilizado pela ex-Presidente durante as várias viagens que fez pelo Brasil, querendo convencer as pessoas de que estava sendo retirada do cargo por ter sido a primeira mulher a assumir a Presidência da República, por incomodar “as elites econômicas”, por defender a diversidade e a inclusão social através das políticas públicas voltadas para os menos favorecidos.

A ex-Presidente também foi aconselhada a não falar que o legítimo processo de *impeachment* era um “golpe”, pois o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre o rito, e, também em inúmeras ações judiciais, afirmou que o processo é constitucional. Mesmo assim, Dilma Rousseff prosseguiu construindo uma narrativa⁵²⁵ para a posteridade – a da primeira mulher Presidente da República do Brasil deposta por um “golpe de direita”.

⁵²² “Ou seja, sem a caracterização do crime de responsabilidade (que somente existe no Direito brasileiro vigente como crime doloso), o que há é abuso de poder, violação da separação dos poderes, portanto, da lei e da Constituição. Não é *impeachment*, é golpe de Estado”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes et alii, cit., p. 89

⁵²³ PINTO, Paulo B. de S., cit., p. 03.

⁵²⁴ MARTINS, Andrea; Moraes, Marcelo. Chamar *impeachment* de golpe é desserviço. *O Estado de São Paulo*. Ano 137, nº 44876, Ed. 21H15, p. A4, 29 set. 2016.

⁵²⁵ “Com o propósito de que sua história seja contada, e mantendo desconfiança extrema em relação à imprensa, Dilma autorizou há dois meses que documentaristas filmassem seu cotidiano no Palácio da Alvorada, onde cumpre seu retiro desde abril, em comícios de estufa. (...) Dilma exigiu que as equipes estivessem no Senado Federal, para onde planejou o ato clímax de sua narrativa, previsto para a segunda-feira, dia 29: a defesa que fará pessoalmente de seu mandato. Com o cenário dado do *impeachment*, Dilma transmitiu que quer entrar para a história como a ‘primeira mulher eleita presidente do Brasil’ e como ‘vítima de um golpe’. Não quer parecer Fernando Collor, que renunciou às vésperas de sofrer um *impeachment* em 1992 e terminou isolado, com fama de ‘explosivo’ de alguém que desistiu de lutar. Dilma tem extrema dificuldade em reconhecer publicamente seus erros, como aversão à política, o jeito durão, a obsessão centralizadora e a inexperiência política que impossibilitou o diálogo com o Congresso e o PT. Prefere atribuir o fim de seu governo única e exclusivamente a um ‘golpe parlamentar’ orquestrado por traidores e apoiado pela ‘elite conservadora do país’ e por ‘segmentos da mídia’”. FERNANDES, Talita. Luzes! Câmera! Ação! *ÉPOCA. Especial Impeachment. O Último Ato*. Nº 950, p. 34, ago. 2016.

Em discurso que antecedeu o julgamento do *impeachment*, a ex-Presidente bradou para os Senadores que: “Eu não tenho que me suicidar, não tenho que fugir para o Uruguai”, fazendo referência aos ex-Presidentes Getúlio Vargas, que se matou com um tiro no coração em 1954, e João Goulart, que dez anos depois se exilou para não ser preso. Com essa declaração, Dilma prestou um tributo à democracia que vige no país. Embora essa não tenha sido a sua intenção, a ex-Presidente utilizou a estratégia de defesa do “golpe”, como disfarce para encobrir a grave crise econômica, recessão, inflação, desemprego de cerca de doze milhões de trabalhadores, perda do selo internacional de confiança na economia brasileira.

Dilma Rousseff e o Partido dos Trabalhadores insistiram que se a ex-Presidente perdesse o cargo, com a consumação do *impeachment*, sem crime de responsabilidade, seria caso de “golpe de Estado”,⁵²⁶ alegando que fora eleita por mais de 54 milhões de votos, e, que

⁵²⁶ “A Presidente Dilma, Lula, o PT, militantes e simpatizantes têm repetido uma idéia inacreditável: estaria em curso um golpe contra o governo e a democracia no atual processo de impeachment. A infundada afirmação tem sido aceita por artistas, juristas, e intelectuais, o que prova a capacidade de mistificação dos petistas. A propaganda do risco de golpe é uma das invenções do PT para enganar os menos informados e espicaçar os adversários. Nos tempos petistas, diz Sérgio Fausto, nunca se repetiram ‘com tanta intensidade e frequência ideias prontas e slogans feitos para distorcer os fatos em benefício de um grupo político e estigmatizar seus oponentes’. O slogan do momento é: ‘Não vai ter golpe’, que Dilma apregoa no salão nobre do Palácio do Planalto, transformado em bunker e palco de comícios. Salões nobres foram criados para solenidades dignas. Em qualquer país, representam um dos símbolos do poder. Servem para anunciar medidas relevantes ou para celebrar datas e eventos da nacionalidade. Esse espaço não deve ser usado para fins partidários, discursos raivosos ou plataforma de lançamento de ameaças, como a que fez Aristides Santos, secretário da Contag, num desses comícios. Ele prometeu, ao lado de uma presidente impassível, invadir terras e locais de trabalho dos parlamentares favoráveis ao impeachment. Profanando o salão nobre, bradou: ‘Vamos ocupar gabinetes e fazendas deles contra o golpe’. Assustador. Afinal, há um golpe em marcha? Segundo ministros e ex-ministros do Supremo Tribunal Federal e juristas renomados, impeachment não é golpe. Trata-se de processo baseado em norma inscrita na Constituição. Na verdade, não é apenas a regra constitucional que desautoriza o slogan o PT, mas também o conjunto de outras instituições que complementam a Carta Magna, sem as quais ela seria letra morta. Segundo o cientista político americano Robert Dahl (1915-2014), em obra sobre a Constituição dos Estados Unidos, ‘a democracia e suas principais instituições pressupõem a existência de certos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa’. A Constituição e a democracia pode-se concluir, não existem no vazio. Golpe, ou golpe de Estado, significa uma súbita e violenta deposição de um governo por um pequeno grupo, geralmente liderado por militares. Costuma incluir o controle das Forças Armadas e da polícia. Representa uma ruptura institucional com perda de independência do Judiciário, censura à imprensa, restrições à liberdade de expressão e de reuniões, prisão arbitrária de opositores e cassação de direitos de juízes e políticos. Foi assim no golpe de 1964. Não há sinais de que algo minimamente parecido possa ocorrer. De fato, a imprensa funciona, vigora a liberdade de ir e vir, e o Ministério Público e o Judiciário fazem investigações criminais e julgam com autonomia. A Operação Lava-Jato está sob o controle dos tribunais. O advogado-geral da União tem reiterado a determinação do governo de recorrer à Justiça para questionar eventual decisão da Câmara em favor da admissibilidade do processo de impeachment. É uma contradição. Como lançar mão de um recurso legítimo perante o STF se existe um golpe, que consiste, entre outras violações, na negação da lei e do Poder Judiciário? O golpe imaginado pelos petistas e simpatizantes seria o primeiro da história previamente anunciado e como as instituições funcionando. O governo rejeita a tese do crime de responsabilidade, alegado para instaurar o processo. É possível conceder-lhe o benefício da dúvida, pois é clara a validade das razões apresentadas pelos autores da petição. O argumento é técnico, frágil, presta-se a distintas interpretações e tem sido usado sem o apoio de bases conceituais corretas. Se o governo entender improcedentes as razões para a aprovação da admissibilidade do impeachment, pode recorrer ao STF, ainda que se duvide se a corte poderia decidir sobre a legalidade da decisão política da Câmara. Seja como for, caso o recurso seja rejeitado, o PT poderia falar em erro judiciário. Nunca em “golpe”. NÓBREGA, Maílson da. *Impeachment não é golpe*. VEJA: Fora do Baralho. São Paulo: Editora Abril. Ed. 2474, p. 30, abr. 2016.

nessa condição, o Senado estaria fazendo uma eleição indireta, o que não é permitido pela Constituição da República. O colégio eleitoral de 110 milhões de eleitores seria substituído, sem a devida sustentação constitucional, por um colégio eleitoral de 81 senadores.

Noutro trecho do discurso perante o Senado Federal, a ex-Presidente disse que gostaria de ter um voto de confiança dos Senadores, e que se retornasse ao cargo de que fora afastada, pretendia fazer mudanças em seu governo: “Todos sabemos que há um impasse gerado pelo esgotamento do sistema político, seja pelo número excessivo de partidos, seja pelas práticas políticas questionáveis, a exigir uma profunda transformação nas regras vigentes”.

Em parte, o discurso do “golpe” proferido pela ex-Presidente serve para reforçar a sua imagem de mulher que possui uma história de luta e que não se abala diante das adversidades da vida, mesmo quando foi torturada durante a ditadura militar de 1964, quando sofreu um câncer, e agora, diante do processo de *impeachment*. Dilma Rousseff, com este discurso, de “golpe parlamentar” orquestrado por traidores e apoiado pela mídia e “elite conservadora”, revela que se sente credora do país por ter lutado bravamente contra os anos de chumbo do Brasil, pela prisão e barbáries que sofreu.

Essa linha de argumentação emocional não logrou êxito, porque a ex-Presidente não conseguiu o mínimo de votos entre os Senadores para impedir o prosseguimento de *impeachment*. Para que pudesse voltar ao poder, Dilma precisaria convencer 28 dos 81 Senadores de que não violou a Constituição ao gastar mais do que fora autorizada pelo Congresso. Todavia, a tese sustentada não foi vencedora, porque a ex-Presidente não tinha mais nenhuma condição de governabilidade.

A má sucedida tese da defesa política de Dilma Rousseff foi criticada pelo ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sydney Sanches, o qual afirmou categoricamente: “Não há golpe de Estado. O que há é o cumprimento da Constituição Federal, e da Lei do ‘Impeachment’, com as instituições funcionando normalmente e com ampla defesa da denunciada.”⁵²⁷

Em carta destinada ao Senado Federal e ao povo brasileiro, Dilma Rousseff endossou a tese do golpe praticado contra uma mulher honesta e inocente, nega que tenha praticado crime de responsabilidade, propôs a realização de um plebiscito com o objetivo de consultar a

⁵²⁷ MOURA, Pedro Marcondes de. A tese do golpe chega a ser ofensiva. *ISTO É. PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, p. 42, ago, 2016.

população sobre a realização antecipada de eleições, bem como sobre a reforma política, em face do esgotamento do sistema político, e do número excessivo de partidos políticos.

Propôs ainda a construção de um amplo pacto nacional, baseado em eleições livres e diretas, que envolvesse todos os cidadãos e cidadãs brasileiras, com o objetivo de fortalecer os valores do Estado Democrático de Direito, a soberania nacional, o desenvolvimento econômico e as conquistas sociais. Afirmou ainda que não seria legítimo ser afastada pelo “conjunto da obra”, pois quem afasta o Presidente pelo “conjunto da obra” é o povo, através das eleições.

Aduziu ainda que não se poderia afastar uma Chefe de Estado por questões exclusivamente políticas, porque o processo de impedimento está vinculado a fundamentos jurídicos.

Pugnou pela abertura de um amplo diálogo entre todas as forças vivas da nação brasileira, com o Congresso Nacional, com a sociedade e os movimentos sociais, forças produtivas, empresários, trabalhadores, buscando propostas para retomar o crescimento econômico com a geração de empregos, melhoria na saúde e na educação.

Na referida carta a ex-Presidente afirmou que as “pautas-bombas” do Congresso Nacional contribuíram para o insucesso do seu governo, ao tempo que prometeu lutar contra a corrupção e a impunidade.⁵²⁸

⁵²⁸“(…)É fundamental a continuidade da luta contra a corrupção. Este é um compromisso inegociável. Não aceitaremos qualquer pacto em favor da impunidade daqueles que, comprovadamente, e após o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tenham praticado ilícitos ou atos de improbidade. Povo brasileiro, Senadores e Senadoras, o Brasil vive um dos mais dramáticos momentos de sua história. Um momento que requer coragem e clareza de propósitos de todos nós. Um momento que não tolera omissões, ou falta de compromisso com o país. Não devemos permitir que uma eventual ruptura da ordem democrática baseada no *impeachment* sem crime de responsabilidade fragilize nossa democracia, com o sacrifício dos direitos assegurados na Constituição de 1988. Unamos nossas forças e propósitos na defesa da democracia, o lado certo da História. Tenho orgulho de ser a primeira mulher eleita Presidenta do Brasil. Tenho orgulho de dizer que, nestes anos, exerci meu mandato de forma digna e honesta. Honrei os votos que recebi. Em nome desses votos e em nome de todo o povo do meu País, vou lutar com todos os instrumentos legais, de que disponho para assegurar a democracia no Brasil. A essa altura todos sabem que não cometi crime de responsabilidade, que não há razão legal para esse processo de *impeachment*, pois não há crime. Os atos que pratiquei foram atos legais, atos necessários, atos de governo. Atos idênticos foram executados pelos presidentes que me antecederam. Não era crime na época deles, e também não é crime agora. Jamais se encontrará na minha vida registro de desonestidade, covardia ou traição. Ao contrário dos que deram início a este processo injusto e ilegal, não tenho contas secretas no exterior, nunca desviei um único centavo do patrimônio público para meu enriquecimento pessoal ou de terceiros e não recebi propina de ninguém. Esse processo de *impeachment* é frágil, juridicamente inconsistente, um processo injusto, desencadeado contra uma pessoa honesta e inocente. O que peço às senadoras e aos senadores é que não se faça a injustiça de me condenar por um crime que não cometi. Não existe injustiça mais devastadora do que condenar um inocente. A vida me ensinou o sentido mais profundo da esperança. Resisti ao cárcere e à tortura. Gostaria de não ter que resistir à fraude e à mais infame injustiça. Minha esperança existe porque é também a esperança democrática do povo brasileiro, que me elegeu duas vezes Presidenta. Quem deve decidir o futuro do País é o nosso povo. A democracia há de vencer. Dilma Rousseff”.

A ex-Presidente disse que o processo de *impeachment* se constitui numa farsa jurídica e política: “O destino sempre me reservou grandes desafios. Alguns pareciam intransponíveis, mas eu consegui vencê-los. Já sofri a dor indizível da tortura, já passei pela dor aflitiva da doença, e hoje sofro a dor igualmente inominável da injustiça. O que mais dói neste momento é a injustiça. O que mais dói é perceber que estou sendo vítima de uma farsa jurídica e política”.

Para o jornalista Rodrigo Constantino o grande culpado pelo insucesso do governo Dilma foi o próprio Partido dos Trabalhadores, que nunca teve apreço pela democracia, encarando a eleição como uma farsa para chegar ao poder e lá ficar com meios legítimos.⁵²⁹

Os aliados da ex-Presidente Dilma Rousseff interpuseram recurso junto à Organização dos Estados Americanos – OEA, contra o processo de *impeachment* que estava sendo processado no Brasil. Porém, o Senado Federal é o único órgão com jurisdição sobre esta matéria. Todavia, os jornais e setores consideráveis da mídia afirmaram que a ex-Presidente pretendia se fazer de vítima perante a opinião pública internacional.⁵³⁰

4. A argumentação jurídica utilizada na defesa de Dilma Rousseff

A defesa apresentada pela ex-Presidente Dilma Rousseff reconheceu a natureza jurídica do crime de responsabilidade como “infrações político-administrativas”, conforme atestou o relator do processo de *impeachment* na “Câmara Alta”, Senador Antonio Anastasia.

No entanto, essa defesa apresentada na primeira fase do procedimento de acusação perante o Senado Federal lançou argumentos falaciosos visando mais confundir do que explicar, posto que pretendia aplicar normas do regime jurídico penal ao caso em análise,

⁵²⁹ “O golpe veio e vem do PT, na tentativa de comprar o Congresso, de calar a imprensa, de aparelhar o STF, ao fazer terrorismo durante as eleições, praticar estelionato eleitoral, usar a máquina estatal para a compra de votos. O PT nunca teve apreço pela democracia, e isso está bem claro. Encara a eleição como uma farsa para chegar ao poder e lá ficar com meios legítimos” CONSTANTINO, Rodrigo. O cinismo dos golpistas. ISTO É. *A marca do meu governo será a pacificação*. ANO 39, Nº 2439, p.91, set.2016.

⁵³⁰ “Acho que há, sim uma afronta ao Judiciário e ao Legislativo. De qualquer modo, a OEA não tem o poder de alterar uma decisão do Senado Federal. Cabe exclusivamente aos senadores a competência constitucional para fazer o julgamento do *impeachment*. MOURA, Pedro Marcondes de. A tese do golpe chega a ser ofensiva”. ISTO É. *PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, p. 43, ago, 2016.

visto que os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas com matriz constitucional.

Constitucionalistas clássicos endossam este entendimento. Gilmar Mendes leciona que: “No caso do Presidente da República, os crimes de responsabilidade caracterizam-se como infrações político-administrativas que dão ensejo à perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (...)”.⁵³¹

José Adércio Leite Sampaio compartilha o mesmo entendimento: “Os crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas cometidas pelo Presidente da República no desempenho da função, que atentem contra a Constituição Federal (...)”.⁵³²

Bernardo Gonçalves ensina que: “São infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente, definidas em legislação federal, que atentem contra a Constituição e especialmente contra o rol do art. 85 da Carta Política de 1988”.⁵³³

Alexandre de Moraes ministra: “Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função (...)”.⁵³⁴

Fábio Medina Osório, numa monografia denominada “Crimes de responsabilidade do Presidente da República – Reflexões e subsídios para análise do processo de *Impeachment* de Dilma Vana Rousseff, com base na denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Conceição Paschoal”, sustenta que “os crimes de responsabilidade possuem natureza político-constitucional, enquanto o procedimento de *impeachment* pode ser classificado como político-jurídico”.⁵³⁵

Portanto, os crimes de responsabilidade estão previstos no artigo 85 da Constituição Federal e na Lei especial nº 1.079/50 com as modificações da Lei 10.028/2000. Tais ilícitos são chamados inadequadamente de “crimes”, em virtude da tradição história inglesa, mas são infrações político-administrativas.

⁵³¹ MENDES, Gilmar F., cit., p. 993.

⁵³² SAMPAIO, José A. L., cit., p. 534.

⁵³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, cit., p. 902-903.

⁵³⁴ MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*. 32 ed. rev. e atual. Atlas:São Paulo, 2016. p. 512.

⁵³⁵ OSÓRIO, Fábio M. *Crimes de responsabilidade do Presidente da República – Reflexões e subsídios para análise do processo de Impeachment de Dilma Vana Rousseff, com base na denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Conceição Paschoal*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160411>. Acesso em 07 jun. 2016.

Todavia, desde a importação do *impeachment* pelos Estados Unidos da América e pelo Brasil - que copiou em parte o modelo americano⁵³⁶- o instituto não possui natureza criminal, tendo em vista que a sanção decorrente de um julgamento de procedência do pedido de impedimento é precipuamente a perda do cargo público. Analisando a defesa da ex-Presidente por este ponto, tem-se por inócua, posto que nenhum doutrinador de nomeada no país, classifica o instituto como de natureza penal.

A perda do cargo é o que caracteriza o *impeachment* em virtude da prática de atos atentatórios contra a Constituição. Portanto, na estrutura do direito constitucional brasileiro, não existe a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, em decorrência de um processo de impedimento, eis que o artigo 85 da Constituição Federal não prevê esta hipótese.

A natureza exclusivamente político-constitucional, e não penal, dos crimes de responsabilidade, foi analisada no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.190/RJ,⁵³⁷ o qual eliminou a possibilidade de caráter penal dos citados crimes cometidos pelo Presidente da República.

No entanto, há uma diferença entre os crimes de responsabilidade e os crimes comuns, pois esses são regidos por normas típicas abertas, e aqueles seguem o rito previsto na Lei especial de nº 1.079/50.

⁵³⁶ “O *impeachment* surgiu no Brasil com base na Carta de 1881, segundo o modelo norte-americano, mas com características e peculiaridades próprias, principalmente, em relação à definição dos crimes de responsabilidade, seu procedimento e julgamento que, no Brasil, serão definidos por lei ordinária”. MORAES, Alexandre de, cit., p. 513.

⁵³⁷ Parte expressiva da doutrina, ao examinar a natureza do crime de responsabilidade, situa-se no plano político-constitucional (PAULO BROSSARD, “O Impeachment”, p. 83, item n. 56, 3ª Ed., 1992, Saraiva; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “A Constituição Federal Comentada”, vol. II/274-279, 3ª Ed., 1956, Konfino, CASTRO NUNES, “Teoria e Prática do Poder judiciário”, vol. 1/40-41, item n. 2, 1943, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Curso de Direito Constitucional”, p. 968/969, item n. 7.2, 4ª Ed., 2009, EDP/Saraiva; WALBER DE MOURA AGRA, “Curso de Direito Constitucional”, p. 460/461, item 24.3.2, 4ª Ed., 2008, Saraiva; DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, “Curso de Direito Constitucional”, p. 935/939, item 3.6, 2ª Ed., 2008, JusPodivm; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, “Curso de Direito Constitucional”, p. 721/723, item n. 8.4, 2007, Elsevier, v.g.). Há alguns autores, no entanto, como AURELINO LEAL (“Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira”, Primeira Parte, p. 480, 1925, que qualificam o crime de responsabilidade como instituto de direito criminal. Por entender que a natureza jurídica do “crime de responsabilidade” permite situá-lo no plano estritamente político-constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal, não posso deixar de atribuir, a essa figura, a qualificação de ilícito político-administrativo, desvestida, em consequência, de conotação criminal (...) Com efeito, o crime comum e o crime de responsabilidade são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. O crime comum é um aspecto da ilicitude penal. O crime de responsabilidade refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte utilizou a expressão crime comum, significando ilícito penal, em oposição a crime de responsabilidade, significando infração político-administrativa. (STF, ADI 4.190/RJ).

Os crimes comuns são punidos com penas previstas no Código Penal, bem como possuem uma tipicidade fechada, estando submetidos a julgamento exclusivo pelo Poder Judiciário, enquanto os crimes de responsabilidade, quando envolvem o Presidente da República, são julgados pelo Senado Federal, depois de prévia autorização da Câmara dos Deputados.

Inocêncio Mártires Coelho afirma que apesar de o *impeachment* ser um julgamento político, não se pode olvidar das garantias processuais que devem ser observadas perante a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.⁵³⁸

Nos julgamentos políticos, realizados por órgão político, devem ser observadas todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais colocadas à disposição dos acusados em qualquer tipo de julgamento, seja jurídico ou político.⁵³⁹

Portanto, a defesa da denunciada foi rejeitada neste ponto por não encontrar agasalho legal no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, as ações ilícitas que levaram o Presidente da República a um julgamento político, podem conter fatos que se amoldem em figuras típicas criminais, razão pela qual o governante poderá ser julgado também pelo Supremo Tribunal Federal pela prática de crime comum, sem que isso se constitua num *bis in idem*, em face da distinta natureza das sanções aplicáveis.

O art. 3º da Lei nº 1.079/50, determina que a imposição da pena referida no artigo anterior (perda do cargo, com inabilitação para o exercício de qualquer função pública) não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos da lei de processo penal.

Fernando Collor foi condenado na instância política à perda do mandato e inabilitação para o exercício de função pública por um período de oito anos, todavia, no âmbito criminal foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵³⁸ “Ressalte-se que embora os crimes de responsabilidade não tenham a mesma tipicidade específica das infrações penais, não poderão ficar de tal forma indefinidos que impossibilitem a ampla defesa”. MORAES, Alexandre, cit., p. 513.

⁵³⁹ Em nosso Estado Democrático de Direito, somente será legítima a destituição de um Presidente em face de provas, estreme de dúvida, do cometimento de crime de responsabilidade. “Justamente para dificultar golpes congressuais, contra os legítimos detentores de mandatos populares, o direito democrático exige, nos processos de destituição do Presidente da República, que nos crimes de responsabilidade fique demonstrado, acima de “toda dúvida razoável, seja quanto aos fatos, seja quanto a lei”. Church, Presidente da Suprema Corte do Estado de New York).” Defesa do Advogado dativo Inocêncio Mártires Coelho no processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor.

A natureza política do instituto é tão forte que se a autoridade previamente se desligar do cargo não se instaurará o processo.

Outro ponto que realça a natureza política das infrações sujeitas a processo de *impeachment* está no fato de que não cabe recurso ao Poder Judiciário da decisão política proferida no Senado Federal, seja ela absolutória ou condenatória.

Nesses tipos de infração não se julga a pessoa, mas o desempenho da função, a sua responsabilidade político-administrativa. No entanto, reconhece-se o rito “judicialiforme” a que se referiu a Corte Excelsa no julgamento do Mandado de Segurança interposto no “Caso Collor”.⁵⁴⁰

4.1. Argumentos de defesa de Dilma Rousseff em face da edição de decretos sem número

A defesa jurídica da ex-Presidente Dilma afirmou que a sistemática de publicação dos decretos ocorreu em diversos anos, não tendo sido questionada pelo Tribunal de Contas. Argumentou ainda que as contas públicas de 2014 foram impactadas por uma realidade econômica que evoluiu de maneira completamente imprevisível.

Desse modo a ex-Presidente Dilma transferiu a responsabilidade pela edição dos decretos sem número a uma adversa conjuntura econômica de cunho internacional, totalmente negativa que forçou o governo a abrir créditos em desacordo com a lei orçamentária nacional a fim de quitar as despesas da União.

Aduziu, ainda, que a abertura de créditos não teve por objetivo iludir a população brasileira acerca da higidez das contas públicas em pleno período de campanha eleitoral. Ao final, a defesa da ex-Presidente afirmou que não cometeu os crimes de responsabilidade previstos na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Ao final, a defesa pugnou pela rejeição total da denúncia.

No entanto, o alibi da ex-Presidente afastada não subsiste quando confrontada pela realidade jurídica que torna necessária a devida aprovação pelo Poder Legislativo, em casos de abertura de créditos orçamentários adicionais. A razão é simples, compete a este Poder

⁵⁴⁰ STF, MS 21564, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 23/09/1992, DJ 27-08-1993 PP-17019 EMENTA VOL-01714-02 PP-00164 RTJ VOL-00169-01. pp-00080.

aprovar a proposta orçamentária anualmente formulada pelo Poder Executivo, sendo também de sua competência, por simetria, aprovar as retificações posteriormente solicitadas.

Esse é um dos elementos constituintes do sistema de freios e contrapesos do processo orçamentário. De acordo com o art. 167, inciso V, da Carta política, é vedada a abertura de crédito “suplementar” e “especial” sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes.

O problema não é exatamente a abertura de créditos suplementares, fato que é permitido se devidamente observados os permissivos legais, conforme descrito pelo relatório do Senador Antonio Anastasia.⁵⁴¹

Os defensores da ex-Presidente Dilma reconheceram as dificuldades políticas e econômicas⁵⁴² pelas quais passou a nação, todavia, asseveraram que as pedaladas fiscais e a abertura de decretos de suplementação orçamentária sem autorização do Congresso Nacional não foram suficientes para justificar o afastamento de uma Presidente legitimamente eleita pela nação brasileira

⁵⁴¹“Não é a edição de decreto presidencial em si, portanto, que caracteriza a suposta irregularidade. Tal recurso, como visto, tem fundamento constitucional. O que se alega, na realidade, é que tais decretos teriam sido editados em desacordo com a condicionante fiscal, adiante realçada, contida no *caput* do dispositivo da LOA. A seguir, o excerto relevante, *verbis*:

Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares [...] desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2015 [...] [grifamos]

Conforme consignado no item 2.5 deste Relatório, a LRF trouxe uma série de condicionantes fiscais para o ordenamento jurídico orçamentário nacional. A LOA, por exemplo, passou a ter que ser elaborada, por disposição expressa da LRF (art. 5º, *caput*, e inciso I), de forma compatível com as metas de resultados fiscais constantes da LDO.

Sendo assim, por extração lógica, qualquer retificação da LOA também deve ser promovida de modo compatível com as metas fiscais do exercício a que se refere, tal como exigido, expressamente, pelo art. 4º da LOA 2015.

Importante observar que a observância da meta fiscal não se dá apenas durante a execução financeira dos orçamentos. A meta fiscal de cada exercício também deve ser obedecida no plano das autorizações orçamentárias. Sendo assim, enquanto a meta de resultado primário fixada pela LDO não for alterada, as modificações orçamentárias não devem prejudicar o resultado obtido pela diferença entre receitas e despesas primárias previstas na LOA. Para avaliar se essa equação foi ou não respeitada pelos decretos presidenciais constantes da denúncia, é importante conhecer o cenário fiscal de 2015 subjacente à edição desses atos”. Destaques do autor. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal.

⁵⁴² “No ‘conjunto da obra’, corrupção e crise econômica representam a gasolina que faz um mandato sob esse tipo de questionamento queimar mais rápido. Os escândalos envolvendo o PT no âmbito da Lava Jato são para Dilma o tipo de material corrosivo que acabou com Collor, assim como a complexa crise econômica vivida hoje pelo país – que, no começo dos anos 90, estava relacionada à alta inflação ao *Plano Collor*, que culminou na maior recessão da história brasileira até então. ‘Se fosse um momento de popularidade de Dilma, as pedaladas, ao meu ver, não seriam suficientes. Mas o Governo tem hoje uma popularidade muito baixa. Sem falar que vivemos uma crise econômica seríssima’, opina Vianna, que à época do *impeachment* de Collor foi o responsável para que a votação da Câmara fosse aberta, respondendo ao desgaste político e ao clamor popular por sua sanção”. BORGES, Rodolfo. *O impeachment de Collor revisitado: história joga luz sobre pontos cruciais da crise*. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459370703_082305.html. Acesso em: 20 mai. 2016.

4.2 Argumentos de defesa de Dilma Rousseff em face das pedaladas fiscais

Com relação às operações de créditos ilegais, comumente denominadas pela imprensa de pedaladas fiscais,⁵⁴³ a defesa da ex-Presidente reconheceu que o atraso nos repasse aos bancos públicos (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) aconteceu nos últimos anos, mas acrescentou que se tratava de uma “prática antiga”, registrada também no governo de Fernando Henrique Cardoso, o qual não foi alvo de processo de impedimento.

A defesa da ex-Presidente alegou ainda que as pedaladas fiscais ocorreram para pagar os seguintes benefícios sociais: “bolsa família”, abono salarial, seguro-desemprego, subsídios de financiamento agrícola e benefícios previdenciários.

Portanto, argumentou que os empréstimos aos bancos tiveram por escopo o pagamento dos benefícios sociais, sendo pagos com juros ao final do ano respectivo. Dessa forma, afirmou que não houve desobediência aos comandos do artigo 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal e artigo 85 da Constituição Federal, bem como de nenhuma das leis orçamentárias.⁵⁴⁴ Assim, sustentou que inexistindo crime de responsabilidade, não poderia prosperar o pedido de *impeachment*.⁵⁴⁵

⁵⁴³ “É nesse contexto que surge em 2014 um debate público mais acentuado sobre responsabilidade fiscal. Imprensa, especialistas e órgãos de controle passam a dar grande visibilidade ao tema. Simultaneamente, popularizam-se expressões como ‘contabilidade criativa’ e ‘pedaladas fiscais’, as quais representam, grosso modo, uma ampla variedade de expedientes destinados a evidenciar, artificialmente, resultados fiscais mais favoráveis que a realidade. Em linhas gerais, o que distingue as chamadas ‘pedaladas fiscais’ das demais formas de ‘contabilidade criativa’ é o fato de que aquelas têm como característica nuclear a postergação de pagamentos públicos”. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵⁴⁴ A Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que as ofensas aos seus dispositivos são passíveis de responsabilização por crime de responsabilidade. Tanto os crimes de responsabilidade, quanto a improbidade administrativa são dois regimes de responsabilização político-administrativa, com a mesma finalidade de punição mas que se dirigem a agentes diferentes. Os primeiros são regidos pelo art. 52, I e II, 85 e 102, I c da CF. Os segundos são regidos pelo art. 37, § 4º da CF e regulado pela Lei nº 8.492, de 1992.

⁵⁴⁵ “Há, contudo, o aspecto distintivo de que, no primeiro caso, em que estão envolvidos bancos públicos, as operações teriam contrariado, mais especificamente, o dispositivo expresso daquela lei que veda operações de crédito entre os entes da Federação e instituições financeiras por eles controladas (art. 36). Nesse passo, é pertinente registrar, com vistas ao exame sobre a suposta ilegalidade dessas contratações, que, em abril de 2015, as operações de crédito em comento já haviam sido consideradas irregulares pelo TCU, em auditoria que

A defesa da ex-Presidente Dilma sustentou, ainda, a falta de dolo na prática das infrações narradas na denúncia. O relatório do Senador Antonio Anastasia refutou esse tipo de alegação, tendo em vista que a ex-Presidente da República exercia o cargo de Chefe da Administração Superior Federal, e, nessa qualidade, não seria crível que não tivesse conhecimento dos feitos do seu Secretário do Tesouro Nacional.⁵⁴⁶

culminou no Acórdão nº 825/2015-TCU-Plenário. Naquela ocasião, com efeito, foram especificamente analisados os atrasos reiterados e crescentes dos repasses de recursos devidos pelo Tesouro a bancos públicos e ao FGTS. Esse Acórdão é resultado da auditoria iniciada em agosto de 2014 (TCU 021.643/2014-8), a partir de representação formulada pelo Ministério Público junto à Corte de Contas. À época, tais atrasos também já vinham sendo noticiados pela imprensa, com o uso da expressão “pedaladas fiscais”.

Conforme apontado pelo TCU, como consequência desses atrasos, ao final de 2014, a dívida da União (variável de estoque) estaria subdimensionada em R\$ 40,2 bilhões e o resultado primário do exercício (variável de fluxo) em R\$ 7,1 bilhões. Cabe recuperar, nessa esteira, que o motivo pelo qual a Corte de Contas da União considerou irregulares essas operações foi o fato de distorcerem as estatísticas fiscais oficiais relativas a dívida e déficit público, e, ainda, infringirem a LRF, em especial no tocante à mencionada vedação imposta pelo seu art. 36, o qual impede que a União, assim como os demais entes da Federação, seja financiada por instituições financeiras por ela controladas”. Relatório do Senador Antonio Anastasia aprovado pela Comissão presidida pelo Senador Raimundo Lira que analisou a admissibilidade do *impeachment* perante o Senado Federal. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/anastasia-apresenta-relatorio-pela-continuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵⁴⁶ A partir do exame dessas operações, e considerando que o Presidente da República, nos termos do art. 84, II da CF, deve exercer a direção superior da administração federal, não é razoável supor que a Presidente da República não soubesse que uma dívida da ordem de R\$ 50 bilhões junto a bancos públicos federais pairava na atmosfera fiscal da União, até mesmo porque esse endividamento foi utilizado como forma de financiamento de políticas públicas prioritárias.

Não se trata, portanto, no presente caso, de se “pedir um *impeachment*, porque alguém rouba um grampeador”, tal como afirmou o Advogado-Geral da União perante este Colegiado.

Ocorre que foi apenas após a intervenção do TCU, órgão autônomo de controle externo e auxiliar do Congresso Nacional, que o Poder Executivo procedeu à equalização desses passivos, como visto, em conformidade com os Acórdãos nº 825 (de 15/04/2015) e nº 3.297 (09/12/2015). Tais operações, repise-se, foram julgadas ilegais no âmbito da Corte de Contas da União.

Vale destacar que a matéria foi alçada às contas presidenciais de 2014. Nesse contexto, o Acórdão nº 1.464/2015-TCU-Plenário, de 17/06/2015, comunicou ao Congresso Nacional que as contas presidenciais de 2014 não estavam em condições de serem apreciadas naquele momento, em virtude dos indícios de irregularidade apresentados no Relatório Preliminar, razão pela qual foi aberto o prazo de 30 dias para apresentação de contrarrazões por parte da Presidente da República. Ao final, o Acórdão nº 2.461/2015-TCU-Plenário, de 07/10/2015, opinou pela rejeição das contas presidenciais de 2014.

Forçoso mencionar que o pagamento dos passivos pela União, ao final de 2015, não poderia ter o efeito de elidir os fortes indícios de crime de responsabilidade. Tal interpretação, se aceita, exoneraria por completo o gestor da conduta fiscal irresponsável, pois saberia que a prática de determinado ato contrário à lei, ainda que descoberta, seria passível de correção sem a correspondente sanção. O bem jurídico protegido pela lei ficaria desprotegido.

Não obstante, a denunciada arguiu que o instituto da convalidação preserva e sana os atos administrativos viciados. A Lei nº 9.784, de 1999, citada pela AGU, em seu art. 55, trouxe a possibilidade da aplicação do instituto da convalidação do ato administrativo. Todavia, o referido dispositivo prescreve que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Não é o caso, portanto. Seria convalidar atos que, conforme o exame feito neste Relatório, (a) lesaram o interesse público e (b) ainda mais importante, constituem hipótese de crime prevista em lei. Crimes de responsabilidade não podem ser convalidados.

Da mesma forma, a Presidente da República deveria ter observado a meta vigente até a aprovação do PLN nº 5/2015 encaminhado ao Congresso Nacional. Sendo assim, também não há falar em “convalidação” das condutas perpetradas pela denunciada em razão da aprovação do referido projeto de lei.

É que, caso prevalecesse tal interpretação, estaríamos admitindo que a própria Constituição da República no seu art. 167, V, que exige, de forma expressa, prévia autorização legislativa, pudesse ser contrariada por norma infraconstitucional. Assim, trata-se de ato que não é passível de convalidação.

4.3 O laudo técnico realizado pelos peritos do Senado Federal

A Comissão processante do *impeachment* perante o Senado Federal acolheu pedido da defesa da ex-Presidente Dilma Rousseff no sentido de determinar a realização de uma perícia técnica para apurar dois pontos fulcrais da denúncia: a edição de decretos sem autorização legislativa e as pedaladas fiscais.

Os peritos do Senado Federal apresentaram um laudo dividindo a análise dos atos da ex-Presidente entre os quatro decretos analisados no processo, e as operações de créditos realizadas no Plano Safra - conhecidas como pedaladas fiscais.

No que diz respeito à abertura de créditos suplementares, a perícia apontou que três dos quatro decretos assinados pela ex-Presidente eram incompatíveis com a meta fiscal vigente à época de sua edição, no caso da meta estabelecida pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.⁵⁴⁷

Soma-se a isso o fato de que, caso se admitisse considerar a meta fiscal pretendida nos termos do PLN nº 5/2015, estar-se-ia conferindo ao Projeto de Lei efeito imediato característico de medida provisória para alterar ponto fundamental da LDO-2015. Empréstimo dessa eficácia ao referido projeto de lei implica violação ao disposto no art. 62, §1º I, “d” da Constituição.

Ademais, as práticas descritas na denúncia e imputadas à Presidente da República em 2015, como operações de créditos ilegais, revelam não apenas indícios robustos no sentido de postergar o pagamento dos débitos assumidos perante as instituições financeiras controladas pela União, neste caso, o Banco do Brasil. Isso porque, os fatos reiterados em 2015, por meio dos atrasos dos valores devidos referentes à equalização da safra agrícola perante aquela instituição financeira, também praticados em 2014, revelam contexto que podem demonstrar desvio de finalidade em favor de interesses políticos partidários, na medida em que, em contexto eleitoral, sonharam informações à sociedade brasileira, a constituir pano de fundo relevante para apuração dos fatos praticados em 2015.

O exposto nos itens 2.5 e 2.6 deste Relatório permite atestar com segurança haver justa causa para a ação. A presente análise é mais do que suficiente para reconhecer plausibilidade e verossimilhança às acusações trazidas na DEN nº 1, de 2016.

Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; diferente metodologia e diferente interpretação, que, todavia, restaram vencidas no TCU. A conclusão segura sobre a existência ou não de omissão ou comissão dolosa por parte da denunciada deverá ser objeto de exame a partir da fase de instrução probatória. O que se tem, na quadra processual, são indícios suficientes para o prosseguimento do *impeachment*. ANASTASIA, Antonio. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/Anastasia-apresenta-relatorio-pelacontinuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵⁴⁷ Com relação aos decretos de crédito suplementar os peritos do Senado Federal concluíram: 1. A estrita relação do art. 4º da LOA/2015 não faz menção à compatibilidade entre os Decretos e a programação financeira, mas entre aqueles e a programação orçamentária. Os institutos, embora correlacionados, não se confundem. Exemplo disso é o pagamento de restos a pagar e a restituição de recursos de terceiros, que têm reflexos na programação financeira, mas não na orçamentária. 2. Nesse período, dos quatro Decretos não numerados ora em análise, que abriram crédito suplementar, três deles promoveram alterações na programação orçamentária incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário vigente à época da edição dos Decretos (...). 3.

O corpo técnico também afirmou que somente deveria ser considerada a meta fiscal que foi revisada pelo Projeto de Lei nº 05/2015: “Esta junta identificou que pelo menos uma programação de cada decreto foi executada orçamentária e financeiramente no exercício financeiro de 2015, com consequências fiscais negativas sobre o resultado primário”.

Por outro lado, a perícia também afirmou que apesar de os decretos não estarem em conformidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a meta foi revista pelo Projeto de Lei nº 05/2015, convertido em lei em 03 de dezembro de 2015: “Contudo, a meta considerada à época, inclusive para fins de definição e operacionalização das limitações de empenho e movimentação financeira, foi a constante do Projeto de Lei nº 05/2015”.

A perícia apontou que conforme informações apresentadas pela Secretaria de Orçamento Federal, no processo de formalização dos decretos que viriam a ser assinados pela ex-Presidente afastada, não houve qualquer alerta de incompatibilidade com a meta fiscal.

Com relação aos decretos, a perícia não isentou a autoria delitiva da ex-Presidente Dilma Rousseff: “Há ato comissivo da Presidente da República na edição dos Decretos, sem controvérsia sobre sua autoria”.

No que diz respeito à prática das pedaladas fiscais, os peritos concluíram que embora os atrasos nos pagamentos constituam operação de crédito - o que afronta a Lei de Responsabilidade Fiscal - não houve interferência direta ou indireta da ex-Presidente.

Como esses decretos não se subsumem às condicionantes expressas no *caput* do art. 4 da LOA/2015, sua abertura demandaria autorização legislativa prévia, nos termos do art. 167, inciso V, da CF/88. 4. No momento da edição dos Decretos, a meta vigente era aquela originalmente constante da LDO/2015. Contudo a meta considerada à época, inclusive para fins de definição e operacionalização das limitações de empenho e movimentação financeira, foi a constante do PNL 5/2015, que só foi convertido na Lei nº 13.199/2015 em 3 de dezembro de 2015. 5. Embora não se tenha obtido informações completas relativas à execução das dotações suplementares constantes exclusivamente desses três Decretos (excluídas as dotações iniciais e demais suplementações), esta Junta identificou que pelo menos uma programação de cada decreto foi executada orçamentária e financeiramente no exercício financeiro de 2015, com consequências fiscais negativas sobre o resultado primário apurado. 6. Há efeitos negativos sobre a obtenção da meta resultado primário decorrentes da utilização do superávit financeiro do exercício anterior e do excesso de arrecadação como fontes para suplementação de despesas primárias. No caso do superávit financeiro, os recursos constituem receita orçamentária de exercício anterior, não sendo computados como nova receita orçamentária no exercício em que se abre o crédito suplementar. A consequência é geração de uma despesa primária não compensada por uma arrecadação de receita primária ou cancelamento de uma despesa primária de montante equivalente. No que tange ao excesso de arrecadação de receitas primárias, essas constituem receita primária do exercício e têm efeito positivo sobre o resultado primário. Assim, em uma situação de não cumprimento da meta, tal como a relatada nos diversos Relatórios de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias editadas pelo Poder Executivo ao longo do exercício de 2015, esse excesso de arrecadação deve ser utilizado para a recomposição do resultado fiscal projetado, objetivando o atingimento da meta vigente na época considerada. 7. Segundo as informações apresentadas pela SOF (DOC 121 e seus anexos, nos processos de formalização dos Decretos não houve alerta de incompatibilidade com a meta fiscal. 8. Há ato comissivo da Exma. Sra. Presidente da República na edição dos Decretos, sem controvérsia sobre sua autoria. Junta Pericial designada no âmbito da Comissão Especial do *Impeachment* 2016, assinada pelos peritos: João Henrique Pederiva (coordenador), Diego Prandino Alves e Fernando Álvaro Leão Rincon.

Portanto, atestaram que tal conduta não implicaria em crime de responsabilidade da ex-Presidente Dilma Rousseff: “Pela análise dos dados, dos documentos e das informações ao Plano Safra, não foi identificado ato comissivo da então Presidente da República que tenha contribuído direta ou indiretamente para que ocorressem os atrasos de pagamentos”.

Os atrasos de pagamento do Tesouro ao Banco do Brasil perfizeram a importância de R\$ 3,5 bilhões. Os peritos avaliaram que a operação configurou crédito e apontaram, inclusive, as correções feitas nos pagamentos. Ainda assim, avaliaram que houve conformidade com portarias publicadas pelo Ministério da Fazenda: “Os atrasos de pagamentos devidos ao Banco do Brasil constituem operação de crédito, tendo a União como devedora, o que afronta ao disposto no artigo 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal”.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ 1. As subvenções concedidas no âmbito do Plano Safra têm previsão legal (Lei nº 8.427/1992), e a despesa executada em 2015 tinha previsão orçamentária na LOA/2015. As subvenções são pagas ao Banco do Brasil pelo Tesouro Nacional por equalização de taxas e os beneficiários são os tomadores de crédito rural contratado junto à instituição financeira. Os pagamentos dessas subvenções são regulados por portarias do Ministério da Fazenda. 2. Houve operações de crédito do Tesouro Nacional junto ao Banco do Brasil, conforme as normas contábeis vigentes, em decorrência dos atrasos de pagamento das subvenções concedidas no âmbito do Plano Safra. Em 31 de dezembro de 2014, o valor devido pelo Tesouro ao Banco do Brasil era de R\$ 9,51 bilhões. 3. A despeito do comando do art. 50, inciso II, da LRF, os passivos – subvenções e operações de crédito – não eram, historicamente, registrados pelo Tesouro Nacional, o que passou a ocorrer a partir de 31 de dezembro de 2015 (DOC 132). Em contrapartida, o Banco do Brasil registrava os valores devidos pelo Tesouro Nacional, em seu balanço patrimonial, em conta do ativo não captada pelas estatísticas fiscais elaboradas pelo Banco Central. 4. A atualização da subvenção devida é calculada com base nas taxas SELIC e da caderneta de poupança. Tais taxas remuneram o credor, em lugar de apenas manterem o poder aquisitivo dos montantes devidos. Desse modo, tal atualização constitui verdadeira correção da subvenção devida. 5. Em decorrência de atrasos de pagamento, o montante acumulado, em 31 de dezembro de 2014, a título de correção (“atualização”) do principal devido era de R\$ 1,05 bilhão (DOC 132). Em 2015, o valor efetivamente pago a esse título foi de R\$ 1,13 bilhão (Tabela 8). 6. As parcelas com vencimento entre os meses de janeiro e de novembro de 2015 foram pagas com atraso, em dezembro de 2015, o que gerou o pagamento de correção de R\$ 450,57 milhões do principal (Tabela 7). 7. As Portarias do Ministério da Fazenda que regulam os pagamentos no âmbito do Plano Safra não definem explicitamente o prazo para pagamento, mas o fazem de forma implícita, estipulando um marco temporal a partir do qual incidirá a correção da equalização devida. 8. Especificamente no que tange à Portaria MF nº 315/2014, a atualização começava a ser acumulada a partir do primeiro dia após o final do prazo da equalização, sendo franqueadas até vinte dias para o Banco do Brasil apresentasse os documentos exigidos para a liquidação da despesa e para o consequente pagamento (art. 1º, § 2º da Lei nº 8.427/1992, bem como arts. 62 e 63, § 1º, ambos da Lei nº 4.320/1964). Nesse sentido, ante a inexistência de um termo para vencimento, vigorava o princípio da exigibilidade imediata da obrigação, devendo o pagamento ter sido efetuado na mesma data em que o Banco do Brasil apresentasse os referidos documentos. 9. A Portaria MF nº 419/2015 autorizava o pagamento de equalizações geradas entre 1º de julho de 2015 e 31 de dezembro de 2015. Caso o envio dos documentos ocorresse até o vigésimo dia do mês subsequente ao fim do período de apuração, haveria a verificação de conformidade, pena STN, até o último dia do mês. Caso isso acontecesse após esse vigésimo dia, o prazo de validação seria estendido até o último dia do mês subsequente ao do envio. A equalização seria corrigida após o primeiro dia do mês subsequente à validação de conformidade pela STN. Assim, o pagamento deveria ocorrer até o último dia do mês do envio dos documentos ou, se as informações fossem enviadas após esse vigésimo dia do mês, tal pagamento deveria ocorrer até o último dia do mês subsequente ao deste envio. 10. O pagamento das equalizações relativas ao período de 1º de julho a 31 de dezembro de 2015, conforme o art. 3º da Portaria MF nº 915/2015, que revogou a Portaria nº 419, deve ocorrer no prazo de cinco dias úteis, a contar do dia seguinte à data do recebimento dos documentos ou da reapresentação de suas versões corrigidas para validação. A correção da equalização devida ocorre, desde o último dia deste prazo para validação, até a data do efetivo pagamento. Dessa maneira, o pagamento deve ocorrer até o quinto dia útil da apresentação dos documentos que foram validados. 11. Os atrasos nos pagamentos devidos ao Banco do Brasil constituem operação de crédito, tendo a

A jurista Janaína Paschoal contestou o laudo pericial realizado pelos peritos do Senado Federal, aduzindo que eles jamais poderiam emitir conclusão quanto à existência ou não de crime de responsabilidade, porque um laudo pericial deve cingir-se à análise das questões objetivas que foram postas aos *experts* para elucidação. As questões que diziam respeito ao mérito da causa, ou seja, se existiam ou não os crimes de responsabilidade atribuídos à ex-Presidente, deveriam ser objeto de análise exclusiva dos Senadores da República.

Portanto, os peritos não poderiam ter concluído pela existência ou não de crime de responsabilidade, mas, somente pelo esclarecimento das questões técnicas apontadas pela Comissão processante da “Câmara Alta”.

A jurista e autora do processo de impedimento movido contra a ex-Presidente Dilma Rousseff, Janaína Conceição Paschoal, sustentou que o laudo feito pelos técnicos do Senado Federal confirmou a autoria e a materialidade dos crimes narrados na peça acusatória, *in verbis*:⁵⁴⁹

O laudo pericial confirma completamente a nossa denúncia, porque ele disse com todas as letras, que o Banco do Brasil, a Caixa Econômica e o BNDES, financiaram o Tesouro Nacional. O laudo diz com todas as letras que o Banco do Brasil contabilizou os créditos. O Tesouro e o Banco Central, por outro lado, não contabilizaram os débitos, e não contabilizaram os débitos com relação ao Banco do Brasil e também com relação ao BNDES e a Caixa Econômica Federal, o que demonstra uma ação concertada, ou seja, por quem está no topo do poder, não foi só quem está no Banco do Brasil, isso vem de cima. O laudo é categórico no sentido de que a medida provisória baixada para desvincular fontes, dinheiro, para poder fazer esses pagamentos, que essas medidas provisórias são inconstitucionais. Os decretos tiveram o impacto negativo, que os decretos foram editados considerando meta que foi proposta no projeto de Lei que no momento da edição não estava aprovado, ou seja, que os decretos não consideraram a norma vigente, afrontando claramente o artigo 167 da Constituição Federal e do artigo IV da Lei Orçamentária Anual. O laudo é categórico no sentido de dizer que as operações havidas entre o Banco do Brasil e Tesouro são operações de crédito que foram remuneradas (isso está nas conclusões), e essa remuneração pela taxa Selic é uma evidência cabal de que é uma operação de crédito. O Código Penal Brasileiro no artigo 62, inclusive, prevê

união como devedora, o que afronta ao disposto no art. 36 da LRF. Essa conclusão é extraída a partir do cotejamento entre a natureza desse passivo e os seguintes dispositivos, todos da LRF: art. 29, inciso III e § 1º, art. 35, *caput*. 12. Pela análise dos dados, dos documentos e das informações relativas ao Plano Safra, não foi identificado ato comissivo da Exma. Sra. Presidente da República que tenha contribuído direta ou imediatamente para que ocorressem os atrasos nos pagamentos. Junta Pericial designada no âmbito da Comissão Especial do *Impeachment* 2016, assinada pelos peritos: João Henrique Pederiva (coordenador), Diego Prandino Alves e Fernando Álvaro Leão Rincon.

⁵⁴⁹ Depoimento da jurista Janaína Conceição Paschoal perante a Comissão do *impeachment* no Senado Federal. Disponível: <http://www.youtube.com>. Acesso em 29 jun. 2016.

pena agravada para o mandante. A acusação reitera que este laudo confirmou a materialidade e a autoria delitiva, ela está clara tanto no que tange a ação, como no que concerne a omissão. Porque o primeiro momento foi ação quando a Presidente deliberou que os bancos públicos seriam instrumentalizados para esconder a maquiagem, para esconder a situação das contas públicas, e num segundo momento foi omissão (isso está descrito na denúncia), porque até quando a imprensa já estava alertando, a presidente deixou de tomar as providências cabíveis, necessárias e exigíveis no sentido de fazer cessar as ilicitudes, os crimes comuns e de responsabilidade.

O Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União Júlio Marcelo de Oliveira rejeitou a perícia realizada pelos peritos do Senado Federal, afirmando que:

A perícia não iria encontrar um ato da Presidente na ‘pedalada’ junto ao Banco do Brasil. Isso já havia sido até dito e explicado. Os motivos que levaram o TCU a repudiar os empréstimos ilegais feitos de maneira forçada junto ao Banco do Brasil, BNDES e Caixa não foram atos ostensivamente praticados pela presidente ou seus auxiliares, mas a falta de atos, justamente a omissão de pagamentos devidos aos bancos federais.

Uma fraude se caracteriza justamente pela dissimulação, pela obtenção de efeitos proibidos sem a prática ostensiva do ato que produziria tal efeito. Exatamente por configurar uma fraude, com maquiagem das estatísticas fiscais, em escala bilionária, não se poderia imaginar que tamanha manobra pudesse ocorrer sem o conhecimento pleno e anuência de sua principal beneficiária. Essa foi a convicção que levou os ministros do TCU a, de forma unânime, emitirem um parecer pela rejeição das contas em 2014, por irregularidades que, em essência, se repetiram em 2015.⁵⁵⁰

Em depoimento prestado perante o Senado Federal o mesmo Procurador do TCU afirmou: “O dolo grita nos autos. Se a ex-Presidente da República não tiver responsabilidade sobre decretos e medidas provisórias, porque foram elaboradas pela sua equipe, ela não vai ter responsabilidade sobre nada. Essa é uma tese da irresponsabilidade fiscal.”⁵⁵¹

E mais, o referido Procurador afirmou claramente que a existência de fraude se caracterizava justamente pela dissimulação, pela obtenção de efeitos proibidos sem a prática ostensiva do ato que produziria tal efeito. “Exatamente por configurar uma fraude, com

⁵⁵⁰ Acessível em: <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/video-janaina-paschoal-da-aula-sobre-limite-de-pericia-e-explica-por-que-ela-confirmou-denuncia-contra-dilma>. Acesso em 18/08/2016.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Júlio M. Acessível em: www.youtube.com.br. Acesso em 09/09/2016.

maquiagem das estatísticas fiscais, em escala bilionária, não se poderia imaginar que tamanha manobra pudesse ocorrer sem o conhecimento pleno e anuência de sua principal beneficiária”.⁵⁵²

Afirmou, ainda, que essa foi a razão que levou o TCU a se manifestar contra a provação das contas de Dilma Rousseff: “Essa foi a convicção que levou os ministros do TCU a, de forma unânime, emitirem um parecer pela rejeição das contas em 2014, por irregularidades que, em essência, se repetiriam em 2015”.⁵⁵³

5. Argumentos de juristas contra e a favor do *impeachment* de Dilma Rousseff

Juristas de grande expressão nacional se manifestaram através da mídia sobre o pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff.

Dalmo Dallari disse que não havia consistência jurídica para o processo de *impeachment* da ex-Presidente da República.⁵⁵⁴ Afirmou que estava absolutamente convencido de que não existia fundamento legal para a propositura do *impeachment*, e que o pedido não tinha a mínima chance de êxito.⁵⁵⁵ Acerca das chamadas pedaladas fiscais, principal argumento do pedido de *impeachment* formulado pelos juristas que assinam a inicial, disse não ter identificado crime de responsabilidade fiscal, aduzindo que “as pedaladas não caracterizam o crime de responsabilidade fiscal porque não houve qualquer prejuízo para o erário”.⁵⁵⁶

Em opinião diametralmente oposta, Ives Gandra Martins alegou que as evidências eram inúmeras e a base jurídica para depor a Presidente era ainda mais concreta.⁵⁵⁷ Apesar da

⁵⁵² OLIVEIRA, Júlio M. Acessível em: www.youtube.com.br. Acesso em 09/09/2016.

⁵⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁴ MENDONÇA, Renata; PUFF, Jefferson. *Dois Visões: juristas contra e a favor avaliam pedido de impeachment*. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/impeachment_2_visoes.html > Acesso em: 17 mai, 2016.

⁵⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁷ De lá para cá, as evidências que apareceram são inúmeras. Quando dei o parecer sobre a culpa da presidente nos escândalos da Petrobras, o ex-tesoureiro do PT (João Vaccari Neto) ainda não tinha sido preso, Delcídio Amaral (senador e então líder do governo no Senado) também não. (...) Hoje a situação é muito mais complicada. A base jurídica é muito maior. (...) Pedaladas fiscais são gravíssimas e tiveram consequências no segundo mandato. Elas foram julgadas no segundo mandato. E toda hora aparecem escândalos. (...) Não estou dizendo que a presidente Dilma é responsável dolosamente por esses crimes, mas culposamente, por negligência,

base jurídica, o parecerista reforçou a tese de que os argumentos jurídicos só dariam respaldo a uma decisão plenamente política. “A decisão vai ser política, como foi com o ex-Presidente Fernando Collor. Ele foi afastado pelo Congresso, mas não foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal”.⁵⁵⁸

O Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Júlio Marcelo Oliveira afirmou que as pedaladas fiscais restaram configuradas, e que os seus efeitos foram desastrosos para a economia brasileira, com a destruição da qualidade das contas públicas, como perda do grau de investimento, que levou a um crescimento explosivo da dívida, desconfiança no futuro e falta de investimento por parte do empresariado, além do desemprego.⁵⁵⁹

O Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro Lodi Ribeiro, especialista convidado pela base governista para auxiliar a defesa da ex-Presidente Dilma, afirmou que não existiam as pedaladas fiscais, pois elas não configurariam empréstimo bancário, e, portanto, não feririam a Lei de Responsabilidade Fiscal.⁵⁶⁰

6. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 378

O Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo Partido Comunista do Brasil para se manifestar sobre vários questionamentos envolvendo o rito do *impeachment* previsto na Lei n° 1.079/50, de modo a tornar claro e estreme de dúvida quais de suas normas se mantêm em vigor e quais foram revogadas, fazendo uma filtragem constitucional da lei em face da Constituição Federal de 1988.

imprudência. (...) O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pelo afastamento de prefeitos por crimes de culpa. São mandatos executivos também. Qual é a diferença entre prefeito e presidente? O crime dela é ter permitido a corrupção que houve. MARTINS, Ives G. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_impeachment_2visoes_juristas_jp. Acesso em 07 jun. 2016.

⁵⁵⁸ MENDONÇA, Renata; PUFF, Jefferson. *Duas Visões: juristas contra e a favor avaliam pedido de impeachment*. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/impeachment_2_visoes.html > Acesso em: 17 mai, 2016.

⁵⁵⁹ OLIVEIRA, Júlio M. *Os argumentos de especialistas e o parecer do impeachment no Senado*. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia.os_argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado.html > Acesso em: 11 mai. 2016.

⁵⁶⁰ Disponível em: <http://gauchanews.com.br/policia/os-argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado/14803160> Acesso em 07 de jun. 2006.

Os requerentes aduziram que procuraram a tutela jurisdicional do Estado a fim de assegurar a reparação de preceitos fundamentais violados pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, que fixou as regras para o julgamento do processo de impedimento da ex-Presidente da República, em total desacordo com as normas constitucionais.

O instrumento processual utilizado pelo partido político foi uma arguição de descumprimento de preceito fundamental,⁵⁶¹ que a partir deste momento será chamada apenas de ADPF nº 378, a qual é tão importante quanto a ação direta de inconstitucionalidade, eis que possui *status* constitucional, estando prevista no artigo 102 da Constituição Federal, que descreve a regra-matriz tanto da arguição quanto da ação direta.⁵⁶² Este meio jurídico-processual visa proteger situações fáticas onde houver a violação de norma constitucional que importe no descumprimento de preceitos fundamentais.⁵⁶³

O STF assentou o princípio de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental possui caráter de subsidiariedade⁵⁶⁴, conforme julgamento da ADPF nº 33 de

⁵⁶¹ “Espécie de controle concentrado no STF, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição. (...) Partindo-se do pressuposto da corrente adotada pelo STF, podemos, agora, definir o que sejam os preceitos fundamentais. A definição, sem dúvida, não é legal, trata-se de definição doutrinária e jurisprudencial. Nesses termos, os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Em síntese, definimos os mesmos como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional. E quais, atualmente, seriam essas normas que estão presentes na Constituição formal? Também, aqui, não há (em dicção legal) quais seriam efetivamente essas matérias. Porém, o próprio STF vem construindo, cotidianamente, um rol aberto, sempre em um permanente fazer dos preceitos”. FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 1188.

⁵⁶² “Para o Ministro Teori Zavascki, no julgamento da ADPF nº 127, esta ação foi concebida pela Lei nº 9.882/99, para servir como instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. A despeito da maior extensão alcançada pela vertente objetiva da jurisdição constitucional com a criação da nova especial de ação constitucional, a Lei nº 9.882/99 exigiu que os atos impugnáveis por meio dela encerrassem um tipo de lesão constitucional qualificada, simultaneamente, pela sua (a) relevância (porque em contravenção direta com paradigma constitucional de importância fundamental) e (b) difícil reversibilidade (porque ausente técnica processual subsidiária capaz de fazer, cessar a alegada lesão com igual eficácia.)”. STF. Plenário, ADPF nº 127. rel. Min. Teori Zavascki. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁶³ TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*: lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 240-241.

⁵⁶⁴ “A ADPF, nos termos da legislação regente (Lei 9.882/1999), pode ser utilizada para impugnar atos do Poder Público, com o propósito de evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais e não se limita, portanto, ao controle de normas (...). Além disso, a inexistência de qualquer outro meio objetivo apto a sanar a lesão ou resolver a controvérsia constitucional aponta de forma ampla, geral e imediata confirma que resta integralmente atendido o princípio da subsidiariedade”. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Estado de Direito*,

relatoria do Ministro Gilmar Mendes.⁵⁶⁵ Dessa forma, a arguição foi acolhida para questionar a constitucionalidade de lei anterior à promulgação da Constituição de 1988.

Foram formulados os seguintes pedidos:

a) Defesa da ex-Presidente da República – O partido alegou que não foi respeitado o direito de defesa da ex-Presidente da República antes do recebimento da denúncia pelo então Presidente da Câmara dos Deputados. Ressaltaram que essa possibilidade não se encontra prevista na Lei nº 1.079/50, a qual deveria ter sido interpretada de acordo com a Constituição de 1988.

b) Anulação da escolha da comissão especial ocorrida na Câmara dos Deputados, em virtude de ter sido realizada mediante o voto secreto e pelo fato de ter sido apresentada chapa avulsa, contrariando aquilo que havia sido deliberado pelos líderes partidários;

c) Ilegitimidade dos dispositivos dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado Federal que tratam do *impeachment*, sob a alegação de que artigos destes instrumentos normativos não foram recepcionados pela vigente Constituição Federal;

d) Nova votação no Senado Federal para o recebimento da denúncia devidamente aprovada pela Câmara dos Deputados;

e) Declaração de suspeição do então Presidente da Câmara dos Deputados, a nulidade do ato de recebimento da denúncia, sob a alegação de parcialidade do Deputado Eduardo Cunha, que teria usado do processo como forma de vingança contra a ex-Presidente da República e de seu partido político;

f) Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos da Lei nº 1.079/50, dando-se uma conformação de acordo com os novos preceitos e valores da Carta Política de 1988.

Vale destacar que o pedido feito pelo PC do B despertou o interesse de vários atores políticos, de forma que o governador do Maranhão, Flávio Dino de Castro e Costa, requereu

Democracia e Devido Processo Legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson M; FREIRE, Alexandre (coords). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 610-612.

⁵⁶⁵ “Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. A inexistência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa situação”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

sua admissão no feito como *amicus curiae* sustentando que o tema interessa a toda a federação, e, portanto, aos Estados e Distrito Federal.

O pedido foi indeferido sob o argumento de que a presença do governador não seria cabível na hipótese, porque a lei admite tal possibilidade a instituições e órgãos, negando-se a participação às pessoas físicas, especialmente quando a ação foi promovida pelo PC do B, partido ao qual o requerente é filiado, inclusive participa da sua Comissão Política Nacional.

Após essas considerações de ordem formal, foram analisados os fundamentos que lastreiam a referida ADPF nº 378. Foi inicialmente consignado que o Supremo Tribunal Federal já tinha efetuado uma primeira filtragem constitucional da lei especial que rege o *impeachment* – Lei nº 1.079/50 - quando proferiu o julgamento de Fernando Collor no ano de 1992.

Ao analisar as decisões proferidas pelo STF no “Caso Collor” e no “Caso Dilma”, surgem várias indagações:

a) Quais os papéis constitucionais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, segundo o texto do artigo 51, I e 52, I, da Constituição Federal?

b) O fato de o Poder Judiciário ter estabelecido rito para o processo de *impeachment* viola o princípio da separação dos poderes?

c) A decisão invadiu matéria *interna corporis* do Poder Legislativo?

d) Que tipo de racionalidade argumentativa foi utilizado pela Corte?

e) O Supremo Tribunal Federal é um Poder moderador?

Estas perguntas serão respondidas após a análise de todos os votos proferidos na ADPF nº 378, destacando-se que o Ministro Edson Fachin foi escolhido relator originário para o processo, o qual apresentou um voto contrário à normatização do rito de *impeachment*, sob o pálio da autocontenção, primando pela deferência para com o Poder Legislativo.

6.1 Voto do Ministro Edson Fachin

O Ministro enfrentou todos os pedidos formulados pelo partido político, realizando a filtragem constitucional da Lei nº 1.079/50, à luz da Constituição de 1988, chamando a atenção para o fato de que o fundamento de validade do ordenamento jurídico como um todo está na Carta Política, sendo necessário que se faça uma leitura da ordem infraconstitucional através da normatividade constitucional.

O relator sustentou que a intervenção da Corte Constitucional deve ser apenas para a análise da compatibilidade material do rito definido na Lei nº 1.079/50 com os parâmetros constitucionais e não criação *ex nihilo* do procedimento a ser adotado, consagrando uma interpretação de autocontenção judicial, respeitando os postulados traçados na Constituição de 1988, rejeitando uma interpretação considerada pela doutrina como ativista ou criativa que venha a reescrever o texto constitucional.

O voto tem início com considerações acerca da maneira como o processo de *impeachment* deve ser conduzido pelo Parlamento, destacando que o processo legal, enquanto instrumento de composição da lide, está cercado não somente por garantias constitucionais, como também por outras decorrentes de documentos internacionais, afirmando que “a filtragem constitucional da Lei nº 1.079/50 também exige que o exame de sua compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678/1992 e, assim, incorporada ao nosso ordenamento jurídico”.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ “Segundo entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Tribunal Constitucional vs. Peru (sentença de 31 de janeiro de 2001), essas garantias do art. 8º da Convenção Americana aplicam-se não apenas aos processos judiciais, mas a todo e qualquer procedimento sancionatório promovido pelo Estado por meio de órgãos que exerçam funções de caráter materialmente jurisdicional. No referido caso, discutiu-se justamente a incidência das garantias do art. 8º no processamento e julgamento de *impeachment* de juízes da Corte Constitucional do Peru. A Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou à conclusão de que, apesar do procedimento de *impeachment* não ser judicial, também a ele deveriam se aplicar as garantias do art. 8º para que também ele fosse o resultado de um justo e devido processo legal. Esse entendimento foi aplicado ao caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá (sentença de 02 fevereiro de 2001), que tratou sobre a demissão arbitrária de servidores públicos e dirigentes sindicais e o direito deles de terem respeitadas em seus processos administrativos as garantias previstas pelo art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Dessa forma, seguindo o disposto no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o procedimento de *impeachment* de Presidente da República deve respeitar todas as garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

Ressaltou que o *impeachment* é processo de natureza marcadamente política, todavia, não pode prescindir do direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, assegurando que o sagrado direito de defesa deve ser conferido à acusada.⁵⁶⁷

O Ministro Edson Fachin afirmou que a extensão da amplitude da defesa guardou íntima pertinência como intensidade de interferência na esfera jurídica processual, sendo o *impeachment* um processo que visa impor pena política ao Presidente da República, eleito democraticamente, donde se pode concluir que as garantias processuais se aplicam de maneira mais extensa possível, em virtude da importância e dos danos que um processo de impedimento, sem a observância de todas as garantias constitucionais da ampla defesa, pode produzir no sistema democrático.⁵⁶⁸

Sustentou não ser necessária a defesa prévia em relação ao ato de recebimento da denúncia pelo Presidente da Câmara dos Deputados, uma vez que haveria a possibilidade de a defesa ser exercida em momento anterior ao primeiro parecer da Comissão Especial: “Nessa linha, considerando que o recebimento operado pelo Presidente da Câmara configura juízo

⁵⁶⁷ “A Constituição da República, ao assegurar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), atribui ao processo o relevante papel de obstáculo a ser vencido para que se alcancem restrições de direitos. Notadamente no âmbito sancionador, o processo não se presta a simplesmente instrumentalizar a produção do édito condenatório. O seu principal escopo reside na limitação e não condicionamento da coerção estatal. Ou seja, a exigência de processo (*nulla poena sine iudicio*), no contexto constitucional atual, ao invés de ferramenta direcionada à condenação, exerce função atinente à salvaguarda de direitos ligados a respeito às regras associadas à construção da solução de dada controvérsia.

Assim sendo, a lógica tradicional, em que se atribui ao processo a singela tarefa de servir como instrumento do provimento final, deve ser compreendida, portanto, como meio de concretização dos ideais democráticos, cuja materialização passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de processos justos que observem as garantias constitucionais dos litigantes.

Com efeito, ao prever a necessidade de processo, a Constituição, certamente, pretendeu assegurar o devido processo legal aos agentes submetidos ao regime de responsabilização política. Sendo assim, embora o Presidente da República esteja sujeito a convencimentos políticos marcados por larga discricionariedade, essa característica substancial do processo não retira do acusado suas prerrogativas formais que derivam, direta ou indiretamente, do devido processo legal (...). STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

⁵⁶⁸ “Nota-se, portanto, que a extensão da amplitude da defesa guarda íntima pertinência com a intensidade de interferência na esfera jurídica do sujeito processual. Nessa mesma lógica, no caso de infração político praticada pelo Presidente da República, tem-se que as garantias processuais devem ser asseguradas de acordo com a magnitude dos efeitos decorrentes do processo de *impeachment*. Com efeito, a imposição de perda do cargo de agente político eleito democraticamente, segundo agendas políticas fruto de escolha de uma maioria, constitui ato de gravidade inquestionável. É nesse contexto que se definem quais são os *meios inerentes* ao exercício da defesa em sua amplitude.

Além das consequências de interesse público, anote-se que a condenação poderá resultar na pena acessória de inabilitação para o exercício de qualquer função pública. Diante desse cenário, é natural que se reconheça que o processo que poderá culminar na perda do cargo do Presidente da República seja permeado por garantias processuais idôneas a fazer frente ao possível resultado extremo. Disso resulta que a cláusula do devido processo legal, na hipótese, é compreendida em grau extremamente intenso”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

sumário da admissibilidade da denúncia para fins de deliberação colegiada, não há obrigatoriedade de defesa prévia a essa decisão”.⁵⁶⁹

Destacou, ainda, que o direito de defesa seria exercido à exaustão nos dois momentos anteriores à emissão do parecer pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o que satisfaria a exigência constitucional do direito ao devido processo legal com as garantias do contraditório e da ampla defesa.⁵⁷⁰

O Ministro Edson Fachin entendeu que é direito da acusada participar posteriormente à atividade acusatória desenvolvida pela Câmara dos Deputados, sendo que o interrogatório da denunciada deveria ser o ato final da instrução probatória, tendo sido acompanhado pela divergência do Ministro Barroso que assim se manifestou: “a apresentação de defesa prévia não é uma exigência do princípio constitucional da ampla defesa: ela é exceção, e não a regra no processo penal”.⁵⁷¹ Este ponto teve unanimidade dos membros da Corte Constitucional.

Outros três pontos foram objeto de divergência entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal em relação ao voto do relator, a saber: a) Possibilidade de aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e Senado Federal, nos termos do artigo 38 da Lei nº 1.079/50, no que diz respeito à forma de votação da Comissão Especial do *impeachment* na Câmara dos Deputados; b) Criação de candidaturas avulsas para a formação da Comissão Especial; c) Papel desempenhado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

O relator da ADPF nº 378 se manifestou favoravelmente à criação de forma secreta, da Comissão Especial destinada a oferecer parecer acerca do *impeachment*, por entender que essa modalidade estava expressamente prevista no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, afirmando não haver qualquer inconstitucionalidade a ser decretada. Neste ponto foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, os quais restaram vencidos na votação final.⁵⁷²

⁵⁶⁹ STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

⁵⁷⁰ “Não se reconhece, contudo, que a exigência de defesa prévia ao recebimento da denúncia constitua derivação necessária da cláusula do devido processo legal, na medida em que, reconhecido o direito de manifestação anterior à aprovação do primeiro parecer proferido pela Comissão Especial, há contraditório prévio à admissibilidade conclusiva. O devido processo legal, nessa ótica, é respeitado”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

⁵⁷¹ STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

⁵⁷² “E com relação ao argumento de que o voto secreto para a eleição da comissão implica ofensa à Constituição, embora correta a premissa da qual se parte na inicial, o mesmo não se pode dizer, ao meu entendimento, da

Acerca dos papéis constitucionalmente previstos para cada uma das Casas do Legislativo, o Ministro perfilhou o entendimento de doutrinadores clássicos, ligados à hermenêutica tradicional, (José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ives Gandra da Silva Martins).

Dessa forma, o relator sustentou que cabe à Câmara dos Deputados, tão-somente, “autorizar” ou não a instauração do processo de responsabilidade contra Presidente da República.

Quanto ao papel do Senado Federal, o Ministro entendeu que “inexiste competência do Senado para rejeitar a autorização expedida pela Câmara dos Deputados”, isso porque o artigo 86 do texto constitucional,⁵⁷³ estabelece que “admitida a acusação contra o Presidente

conclusão. Correta a premissa de que as votações do Congresso, assim como todos os atos de exercício do poder, têm como regra a publicidade. No âmbito do Poder Judiciário, o art. 5º, LX, e o art. 93, IX, da Constituição declaram a regra da publicidade dos atos jurisdicionais, bem como o art. 93, X, da CRFB expressa a publicidade das sessões administrativas dos Tribunais.

No âmbito da Administração Pública em geral, o art. 37 da Constituição estatui o princípio da publicidade.

A regra geral, portanto, é a publicidade. Afinal, “*todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (art. 1º, parágrafo único, da CR). Numa democracia constitucional de índole deliberativa, o Povo, que é titular da soberania, deve ser capaz de influir diretamente na formação da vontade política do Estado. O cidadão (representado) há de ter o direito de fiscalizar os atos que são exercidos em seu nome por seus representantes. Isso decorre também do regime de responsabilidade dos congressistas e do princípio democrático. Esses ideais conduziram ao deferimento monocrático da medida liminar que hoje se exaure com a presente manifestação deste Plenário sobre a medida cautelar desta ADPF. Igualmente, ao analisar a medida liminar no MS 33.908, firmei convicção segundo a qual a deliberação prevista no art. 53, § 2º, da CRFB, com a redação que lhe deu a EC nº 35/2001, qual seja, a deliberação da Casa do Congresso a respeito da manutenção da prisão em flagrante de seus membros deve ser aberta. Nesse específico caso, por meio de emenda constitucional, retirou-se a possibilidade de voto secreto.

Nada obstante a publicidade das votações no Congresso seja a regra, e apenas em excepcioníssimas hipóteses se admita votação secreta, entendo que no presente caso não há ofensa à Constituição no fato de o Regimento Interno da Câmara dos Deputados propiciar a interpretação segundo a qual teria estabelecido a votação secreta para a constituição da referida comissão.

Inicialmente, perceba-se que as comissões, por expressa disposição constitucional são “*constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento*” (art. 58, caput, da CRFB). Isso significa que a forma de constituição das comissões em geral é matéria a ser disciplinada nos regimentos internos de cada uma das Casas. Essa atribuição é coerente com o caráter de auto-organização que é assegurada a cada uma das Casas do Congresso por meio de seus respectivos regimentos internos. Ainda assim, restaria perquirir se, no silêncio da Constituição, é possível ao regimento estabelecer uma votação secreta. Em outras palavras, como a votação aberta é a regra, o silêncio da Constituição não deveria ser interpretado como eloquente? A indicar que, onde não há expressa autorização para votações secretas, devam elas ser abertas? A resposta a essas indagações, sob minha compreensão, não admite afirmação peremptória num ou noutro sentido. Perceba-se que, apesar de a publicidade ser a regra geral, a própria Constituição, em situações excepcionais, admite que o poder possa ser exercido de forma secreta. No âmbito judicial, por exemplo, o art. 5º, LX, autoriza o segredo dos atos judiciais quando o “interesse social” ou a “defesa da intimidade” o exigirem. Ainda no âmbito do Poder Judiciário, o art. 119 e 120 da Constituição preveem a eleição secreta para juízes do Tribunal Superior Eleitoral dentre os Ministros do STF e STJ e juízes do TRE dentre os desembargadores e juízes de direito”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

⁵⁷³ “A autorização para a abertura do processo é, então, recebida pelo Senado Federal (art. 24 da Lei 1.079/50). Nos termos da lei, a recepção é acompanhada de outras duas providências: a apresentação do libelo pela comissão acusadora e a remessa de cópia de todos os atos praticados ao acusado. O arguente aduz que a decisão da Câmara ostenta natureza de condição de procedibilidade, razão pela qual o Senado poderia rejeitar a

da República, será ele submetido a julgamento”. Portanto, o Ministro afirmou que não haveria faculdade da Mesa do Senado de instaurar ou não o processo de impedimento contra o Presidente da República, *mutatis mutandis*, não compete ao Senado rejeitar a autorização expedida pela Câmara dos Deputados.

Esse entendimento obriga o Senado Federal a instaurar o processo de *impeachment*, com o consequente afastamento provisório do Chefe do Executivo, pelo prazo de cento e oitenta dias, conforme determinação contida no artigo 86, § 1º, I, da Carta Política de 1988. Este ponto foi ressaltado pelo Ministro Fachin que ficou vencido, pois a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal seguiu o voto do Ministro Roberto Barroso.

denúncia. A corroborar tal interpretação, o autor afirma que, no julgamento do MS 21.564, o Min. Carlos Velloso reconheceu que a denúncia poderia ser rejeitada e, na interpretação literal da Constituição, a proposição “pelo” Senado estaria a indicar a possibilidade de juízo negativo relativamente à admissibilidade da denúncia. O Senado Federal, por sua vez, alegou em suas informações nesta ação que a competência para processar, tal qual definida pelo art. 52, I, da CRFB/88, traduz a possibilidade de rejeitar a denúncia. O pedido não merece acolhimento. Entre as atividades desempenhadas pelo Senado Federal quando do recebimento da autorização para instauração de processo de crime de responsabilidade está a que recebe o libelo da comissão acusadora. Trata-se, em verdade, de peça formulada pela comissão acusadora, cuja competência não foi delimitada pela Lei 1.079/50. Em seu silêncio, a constituição dessa comissão deve observar o disposto no art. 58 da CR, facultando-se, pois, ao Senado, por meio de seu regimento ou por ato de que resulte a criação da comissão.

Nesse sentido, o regimento interno do Senado Federal, em seus arts. 380 e 381 dispõe que:

Art. 380. Para julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades indicadas no art. 377, obedecer-se-ão as seguintes normas:

I - recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, nos casos previstos no art. 377, I, ou a denúncia do crime, nos demais casos, será o documento lido no Período do Expediente da sessão seguinte;

II - na mesma sessão em que se fizer a leitura, será eleita comissão, constituída por um quarto da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade das representações partidárias ou dos blocos parlamentares, e que ficará responsável pelo processo;

III - a comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado Federal, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento;

IV - o Primeiro Secretário enviará ao acusado cópia autenticada de todas as peças do processo, inclusive do libelo, intimando-o do dia e hora em que deverá comparecer ao Senado para o julgamento;

V - estando o acusado ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pelo Presidente do Senado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que ele se encontre;

VI - servirá de escrivão um funcionário da Secretaria do Senado designado pelo Presidente do Senado.

Art. 381. Instaurado o processo, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções (Const., art. 86, § 1º, II).

Parágrafo único. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86, § 2º CRFB/88).

Observe-se que, da leitura dos dispositivos regimentais, cuja incidência, nesta fase do rito, é justificada pelo art. 24, *caput*, da Lei 1.079/50 e pelo art. 58 da Constituição de 1988, inexistente competência do Senado para rejeitar a autorização expedida pela Câmara dos Deputados. Nem poderia. O comando constitucional é claro ao indicar, no art. 86, que “admitida a acusação contra do Presidente da República será ele submetido a julgamento”. Como se observa da leitura do Texto, não há faculdade da Mesa do Senado quando recebe a autorização: deve ela instaurar o procedimento.

Com essas considerações, dando interpretação conforme ao art. 24 apenas para reconhecer que a Câmara envia ao Senado a autorização para instauração de processo, indefiro os pedidos cautelares formulados nos itens “g” e “h”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

6.2 Voto do Ministro Roberto Barroso

O Ministro Roberto Barroso apresentou um voto de divergência no qual discordou da proposta hermenêutica contida no voto do Ministro Edson Fachin.

O voto divergente modificou o rito apresentado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, em vários pontos fulcrais para o processo de impedimento do Chefe do Executivo, a saber: a) o papel constitucional da Câmara dos Deputados; b) o papel constitucional do Senado Federal; c) a forma de votação da Comissão Especial; d) a forma de composição da Comissão Especial destinada a analisar e emitir parecer acerca do pedido de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff na Câmara dos Deputados.

O Ministro Roberto Barroso afirmou que o procedimento do *impeachment* traçado pelo então Presidente da Câmara dos Deputados estava eivado de incompatibilidade em face da Constituição Federal e da Lei nº 1.079/50, o qual violou os seguintes princípios constitucionais: separação de poderes, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ademais, destacou que a função do Supremo Tribunal Federal na apreciação do processo de *impeachment* tem por escopo: “assegurar que ele transcorra de forma regular e legítima e em respeito às regras do jogo”.⁵⁷⁴ Declarou ainda que o alcance e o objeto da

⁵⁷⁴ “Em terceiro e último lugar, é possível afirmar que a delimitação dos papéis da Câmara e do Senado tal como aqui proponho se fundamenta em uma lógica ainda mais ampla de segurança jurídica, a traduzir a necessária manutenção das regras do jogo democrático. Afinal, o que está em xeque é mais do que a mera coerência da própria Corte com fundamentos não vinculantes que expôs no passado; ou mesmo a isonomia entre seus jurisdicionados. Discute-se a manutenção daquilo que se reconheceu em 1992 serem as regras processuais para *impeachment* do Presidente da República, com ampla aceitação institucional e social.

41. O rito fixado pelo STF em 1992 foi efetivamente seguido pelo Senado Federal no julgamento do processo de impedimento do ex-presidente Fernando Collor, conforme se observa dos registros de tramitação dos procedimentos que se desenvolveram à época no âmbito das duas Casas. Tal qual previsto no roteiro fixado por esta Corte, somente houve o afastamento do ex-Presidente quando a denúncia foi considerada “objeto de deliberação”, *depois de votação nominal pelo Plenário do Senado Federal*. Após o encaminhamento da decisão de autorização do processo de *impeachment* pela Câmara dos Deputados, (i) o Senado promoveu a formação de uma comissão especial, (ii) a comissão especial emitiu parecer em que concluiu pela instauração do processo, e (iii) o Plenário da Casa votou e aprovou o parecer da Comissão Especial. Apenas então o Presidente Fernando Collor de Mello recebeu o mandado de citação para o processo e foi afastado do cargo. Todo esse procedimento, porém, transcorreu de forma célere, tendo a duração de apenas dois dias. Porém, essa agilidade, decorrente do ambiente político da época, não deve fazer crer que o Senado não teve o poder de decidir pela instauração ou não do processo de impedimento.

42. Além de ter sido efetivamente seguido, o procedimento angariou aceitação institucional. Atores como a Procuradoria-Geral da República, que haviam defendido em 1992 a incompetência do Senado para realizar juízo de admissibilidade da denúncia, revelam, hoje, ampla deferência ao que foi determinado pelo STF. O parecer

fixação do rito era preventivo: “Desse modo evita-se que cada incidente e etapa de sua concretização seja judicializado, o que atravancaria o curso do julgamento e aumentaria a instabilidade política, econômica e social no País”⁵⁷⁵.

O Ministro sustentou que seguiu os precedentes judiciais da Corte Suprema, procurando preservar o entendimento anteriormente construído no “Caso Collor”, “salvo alterações pontuais para a adequação a normas editadas posteriormente (...)”. Afirmou ainda que adotou uma “postura de autocontenção, prestigiando a legítima margem de apreciação do Congresso Nacional sobre matéria *interna corporis*, desde que não haja conflito com a Constituição e a lei especial”.⁵⁷⁶

Quanto à fixação dos papéis dados pela Constituição da República, a cada uma das Casas do Congresso Nacional, Roberto Barroso seguiu, tanto quanto possível, a jurisprudência da Corte Constitucional, aplicando ao julgamento de Dilma Rousseff, as mesmas regras editadas em 1992 referentes ao julgamento de Fernando Collor.

O Ministro defendeu a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS nº 21.564, referente ao “Caso Collor”, na qual ficou decidido que no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República caberia à Câmara dos Deputados somente autorizar a instauração do processo, conforme o disposto no artigo 51, I, da Constituição Federal de 1988.

apresentado pela instituição na presente ADPF é favorável à atuação mais ampla do Senado, expondo orientação que se alinha ao decidido pelo Supremo no caso Collor. Do mesmo modo, até o Presidente da Câmara dos Deputados, que defende tese diversa quanto à questão ora enfrentada, reconhece a importância de se manterem, de modo geral, as decisões tomadas em 1992. Ao criticar a propositura da ação, afirma: ‘pretende o AUTOR, sob o argumento de realizar filtragem constitucional na Lei nº 1.079/50 [...], rever toda a jurisprudência desta Corte já firmada sobre a questão’. Além disso, o rito divulgado inicialmente pela Câmara dos Deputados, para ser seguido na análise do pedido de *impeachment* em curso, reflete substancialmente as regras fixadas pelo Supremo em 1992, prevendo, por exemplo, o prazo de dez sessões para a defesa da Presidente e uma única deliberação naquela Casa, exatamente como determinado por esta Corte no caso Collor

43. Pode-se dizer, assim, que, as decisões do STF tomadas à época, em especial as que resultaram no ato do Senado sobre o rito de *impeachment*, foram, em alguma medida, incorporadas ao ordenamento brasileiro, passando a compor, juntamente com a Lei nº 1.079/1950, as balizas mínimas (as regras do jogo) para desenvolvimento do processo de impedimento de Presidente da República. Alterar tais decisões, ainda mais em aspecto tão central quanto o referente aos papéis das Casas Legislativas, representaria uma ruptura normativa significativa, que, por isso mesmo, deveria observar, ao menos, a garantia da não retroatividade, não se aplicando ao pedido de *impeachment* atualmente em curso.

44. Diante do exposto, concluo que não foram recepcionados pela CF/1988 os arts. 22, *caput*, 2ª parte (que se inicia com a expressão ‘No caso contrário...’), e §§ 1º, 2º, 3º e 4º; 23, *caput* e §§ 1º, 4º (por arrastamento) e 5º; 80, 1ª parte; e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque incompatíveis com os arts. 51, I; 52, I; e 86, § 1º, II, da Constituição de 1988, conforme será detalhado nos itens a seguir”.

⁵⁷⁵ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁷⁶ Idem, *ibidem*.

Nesse julgamento ficou definido que competia à Câmara dos Deputados, a função de autorizar a acusação contra o Presidente da República, outorgando uma licença prévia para ele ser processado. Essa autorização equivaleria a uma condição de procedibilidade para a instauração do processo de impedimento.

A posição do Ministro reforça o entendimento de que a “Casa Baixa” deve exercer um juízo eminentemente político, apreciando se os fatos narrados na denúncia são consistentes, se estão firmados em alegações plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, ou, ainda, se são resultado das acirradas disputas políticas, fruto da insatisfação dos que perderam as eleições.⁵⁷⁷

Portanto, a Câmara dos Deputados não mais possuía a função de pronunciar o Presidente da República, mas, tão-somente, admitir, conceder uma licença política para que o Senado, querendo, instaure o processo de impedimento contra o Presidente da República.

Ao Senado Federal caberia, com exclusividade, processar e julgar o Presidente da República, locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara,⁵⁷⁸ como ocorre quando o STF recebe a autorização legislativa para julgar os crimes comuns praticados pelo Presidente da República.

Justificou o entendimento através dos tradicionais métodos hermenêuticos, (histórico, literal, sistemático e lógico), aduzindo que esta é a única interpretação possível à luz da Constituição de 1988.

Quando se refere ao clássico método histórico, afirmou que a Lei nº 1.079/50 foi editada na vigência da Constituição de 1946, quando cabia à Câmara dos Deputados, o papel de realizar a procedência ou improcedência da acusação, conforme dicção do artigo 59, I,

⁵⁷⁷ “Da leitura do voto do Ministro Carlos Velloso, que foi designado relator para acórdão do caso, extrai-se de forma ainda mais clara qual deve ser a exata divisão de trabalho entre as Casas Legislativas no processo de *impeachment* de Presidente da República. Veja-se: ‘No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste, é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, na Câmara ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas’ (grifou-se)”.

⁵⁷⁸ “À Câmara dos Deputados a atual constituição deu competência, apenas, para autorizar a instauração do processo mediante a admissão da acusação contra o Presidente da República (licença prévia para ser ele processado, e, portanto, condição de procedibilidade para a instauração de processo contra ele), ao passo que atribui ao Senado participação exclusiva no processo e julgamento do *impeachment*, como sucede quanto ao Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns de que o Presidente da República é passível de acusação.”

daquela Carta. A partir do julgamento de procedência da acusação, o Presidente já seria afastado de suas funções, competindo ao Senado julgá-lo. Normas semelhantes constavam também das revogadas Constituições de 1967 e 1969.

O voto divergente afirmou que a correta interpretação que se deve fazer do artigo 51, I, da Constituição Federal de 1988, é a seguinte: “cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente”, cujo “afastamento, porém só se dá após a instauração do processo pelo Senado Federal, (art. 86, § 1º, II), órgão ao qual compete ‘processar e julgar’ o Presidente da República (art. 52, D)”.⁵⁷⁹

Portanto, na interpretação constante do voto vencedor, o atual papel constitucional da Câmara dos Deputados limita-se, tão-somente, à autorização do processo pelo Senado Federal, mediante um quórum qualificado de 2/3 dos seus membros. Essa autorização não contém o condão de afastar automaticamente o Presidente da República, fato que só deve ocorrer se o Senado decidir instaurar o processo.

Destarte, o julgamento da ADPF nº 378 firmou o entendimento de que nos casos de impedimento do Presidente da República, a Câmara dos Deputados funciona como Casa autorizadora do processo, a qual implementa uma mera “condição de procedibilidade” para que a acusação prossiga perante o Senado Federal.

Segundo o método hermenêutico literal, a Constituição de 1988 também aponta no sentido de uma transformação no papel da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com relação ao processo de *impeachment*, atribuindo maior destaque a esta última Casa. Através da análise do elemento histórico, ficou decidido que o papel da Câmara dos Deputados é de realizar um “momento pré-processual”, isto é, anterior à instauração do processo pelo Senado. “A Câmara apenas autoriza a instauração do processo: não o instaura por si própria, muito menos determina que o Senado o faça”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ “Assim, ao contrário do que ocorria no regime das Constituições de 1946, 1967 e 1969, na CF/1988 a Câmara não declara a procedência ou improcedência da acusação, mas tão-somente autoriza a instauração do processo pelo Senado. A deliberação na Câmara obedece ao quórum qualificado de 2/3 e não implica o afastamento automático do Presidente da República, que apenas ocorre se o Senado instaurar o processo. Assim, no regime atual, a Câmara não funciona como um ‘tribunal de pronúncia’, mas apenas implementa ou não uma *condição de procedibilidade* para que a acusação prossiga no Senado”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁸⁰ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

Por outro lado, pela análise do elemento sistemático, o artigo 44 da Constituição da República estabelece o sistema bicameral, fruto de uma longa experiência histórica e um dos mais importantes legados do Poder Legislativo brasileiro que se arraigou na nossa tradição política. Por esse raciocínio, não há relação de subordinação entre as Casas, visto que cada uma delas possui composições, regimentos internos e atribuições próprias. Na sua função legislativa típica, uma Casa revisa o trabalho da outra, pois “não se concebe que um órgão constitucional tenha papel meramente homologatório do trabalho do outro”.⁵⁸¹

Analisando o conteúdo da ADPF nº 378 sob o enfoque do método lógico, o Ministro Roberto Barroso prossegue sustentando a necessidade de o Senado Federal realizar novo juízo de admissibilidade da acusação para a instauração do processo, determinado que seja utilizado o quórum de maioria simples, presente a maioria absoluta de seus membros, e não pelo quórum qualificado de dois terços conforme solicitado pelo partido requerente.⁵⁸²

Alega que o Senado não é “simples balcão de protocolo, destinado a receber a autorização da Câmara e lhe dar prosseguimento de forma automática, ignorando os graves efeitos decorrentes da instauração de processo de *impeachment*”.⁵⁸³ Argumenta sobre as atribuições dos poderes da República: “não é razoável supor que se defina como competência privativa de um poder da República a tarefa exclusivamente burocrática de instaurar processo que tenha sido, em verdade, aberto por outro”.⁵⁸⁴

Em seguida o ministro passou a examinar os papéis das Casas Legislativas sob o prisma dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, cotejando-se o caso presente com o julgamento do MS nº 21.564, impetrado por Fernando Collor no ano de 1992.

⁵⁸¹ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁸² “Sobre o quórum de deliberação para a instauração do processo no Senado, este deve ser de maioria simples. Em primeiro lugar, a regra é que, no silêncio da Constituição, presume-se que as deliberações serão tomadas por maioria simples, sem exigência de quórum qualificado. O art. 86, §1º, II, que trata da instauração do processo de *impeachment* pelo Senado, com o conseqüente afastamento do Presidente da República, não prevê o quórum de 2/3. Assim, pela interpretação literal e sistemática da Constituição, a exigência de maioria simples, presente a maioria absoluta dos membros do Senado, parece mais adequada à hipótese. Em segundo lugar, há um elemento lógico relativo ao processo de *impeachment* a reforçar esse entendimento: fosse exigido o quórum de 2/3 já nessa fase inicial de instauração do processo, seria possível que apenas 1/3 dos Senadores inviabilizasse a abertura de um processo autorizado por maioria qualificada da Câmara dos Deputados 2/3). Em outras palavras, haveria uma distribuição desproporcional de poderes entre as Casas Legislativas, conforme enfatizou o Ministro Teori Zavascki em seu voto. Em terceiro lugar, trata-se de manter o decidido no caso Collor, em que bastou maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos membros da Casa, para o juízo de admissibilidade do processo. Responde-se, assim, aos imperativos de segurança jurídica, preservando-se as regras do jogo”.

⁵⁸³ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁸⁴ Idem, *ibidem*.

Já neste processo o papel das Casas Congressuais foi modificado, vale dizer, caberia à Câmara dos Deputados admitir a acusação e ao Senado receber a denúncia, realizar a instrução probatória e promover o julgamento final do *impeachment*.⁵⁸⁵

O voto chama a atenção para a divisão de trabalho entre as Casas Legislativas proposta pelo Ministro Carlos Velloso, ressaltando que no procedimento de análise da denúncia, a Câmara dos Deputados profere apenas um juízo político de admissibilidade da acusação. No Senado Federal ocorre a instauração do processo e o julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade.

Essa posição foi corroborada pelo Ministro Moreira Alves, que firmou o entendimento de que o Senado pode ou não receber a denúncia contra o Presidente da República, fazendo uma simetria com o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos crimes comuns praticados por aquele.⁵⁸⁶

O Ministro Sydney Sanches, que presidiu o julgamento do “Caso Collor”, ratificou o entendimento adotado pelo MS nº 21.564, quando traçou o roteiro que definiu as questões administrativas e que foi adotado pelo Senado Federal no julgamento do *impeachment* de 1992.

O julgamento da ADPF nº 378 adotou em grande parte o entendimento que resultou do julgamento do MS nº 21.564, proposto pelo ex-Presidente Fernando Collor, sob o argumento de que a sua observância promoveria o princípio da segurança jurídica⁵⁸⁷, conferindo estabilidade e isonomia à prestação jurisdicional.

⁵⁸⁵“O impeachment do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento (C.F., art. 51, I; art. 52, I; art. 86, art. 1. II, par. 2.). II – No regime da Carta de 1988, a Câmara dos Deputados, diante da denúncia contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (C.F. art. 86, ‘caput’), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei 1079/50. III – No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, na Câmara ocorre, apenas, a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência não sendo fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processa e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações admissíveis”. (MS 21.564, rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. p/acórdão Min. Carlos Velloso).

⁵⁸⁶“À Câmara dos Deputados a atual Constituição deu competência, apenas, para autorizar a instauração do processo mediante a admissão da acusação contra o Presidente da República (licença prévia para ser ele processado, e, portanto, condição de procedibilidade para a instauração de processo contra ele), ao passo que atribui ao Senado participação exclusiva no processo e julgamento do *impeachment*, como sucede quanto ao Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns de que o Presidente da República é passível de acusação”.

⁵⁸⁷ “Não bastassem as razões acima expostas, a conclusão no sentido de caber ao Senado Federal instaurar ou não o processo de *impeachment* se justifica pela necessidade de garantir segurança jurídica. O STF manifestou

O Ministro Roberto Barroso assevera que o fato de a decisão paradigmática ter sido proferida há mais de vinte anos, ou mesmo que a composição da Corte de outrora já não seja mais a mesma, não se constitui em óbice para aplicá-la ao processo atual, alegando que estão em jogo matérias sensíveis à democracia e à separação dos poderes no país, que, até mesmo por sua excepcionalidade, tende a ser objeto de poucas e espaçadas decisões pelo STF.⁵⁸⁸

A decisão proferida na ADPF nº 378 desfez todo o rito traçado pelo então Presidente daquela Câmara dos Deputados. No que diz respeito à formação da Comissão Especial instaurada para examinar o pedido de impedimento do Presidente da República, ficou decidido não ser possível a existência de candidaturas avulsas.

O fato se deu porque o então Presidente da Câmara dos Deputados autorizou a criação de uma chapa avulsa para a formação da Comissão Especial destinada a analisar a viabilidade jurídica e política do pedido de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff. Tal chapa reuniria integrantes de segmentos de partidos políticos que não se sentiram contemplados pela indicação feita pelo seu líder.

O Presidente da Câmara sustentou que a Lei nº 1.079/50 alude a “Comissão Especial eleita”, para a emissão do parecer sobre o processo de *impeachment*, de maneira que, em exceção ao regime ordinário das comissões parlamentares, a referida comissão deveria ter seus integrantes escolhidos pelo Plenário da Casa, e não por mera indicação dos líderes dos blocos ou partidos respectivos.

Os argumentos lançados no voto divergente não consideraram a possibilidade de criação da Comissão Especial por meio de chapa avulsa, mas tão-somente aquela que tivesse o aval dos líderes partidários.

A construção hermenêutica englobou as proposições contidas no artigo 58, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, que delega a forma de constituição das Comissões ao Regimento Interno da Casa Legislativa, e garante a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares, juntamente com o artigo 19 da Lei nº 1.079/50, que prevê a constituição de

esse entendimento (ainda que em *obiter dictum*) à época do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, em atuação tanto jurisdicional como administrativa”.

⁵⁸⁸ “Em terceiro lugar, é possível afirmar que a delimitação dos papéis da Câmara e do Senado tal como aqui proponho se fundamenta em uma lógica ainda mais ampla da segurança jurídica, a traduzir a necessária manutenção das regras do jogo democrático. Afinal, o que está em xeque é mais do que a mera coerência da própria Corte com fundamentos não vinculantes que expôs no passado; ou mesmo a isonomia entre seus jurisdicionados. Discute-se a manutenção daquilo que se reconheceu em 1992 serem as regras processuais para o *impeachment* do Presidente da República, com ampla aceitação institucional e social”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

uma Comissão eleita. Considerou-se, também, o disposto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados que garante a observância, tanto quanto possível, da proporcionalidade dos partidos ou blocos nas Comissões.

O voto em comento conclui ser possível realizar duas interpretações para artigo 19 da Lei nº 1.079/50, que prevê uma “Comissão Especial eleita” para emissão de parecer sobre o rito de *impeachment* na Câmara dos Deputados. A primeira seria que a expressão “eleita”, nele prevista, implica comissão aprovação por votação do Plenário da Casa, destinada a validar ou não a indicação apresentada por líderes partidários. A segunda possibilidade de interpretação considera que a expressão “eleita” significa apenas escolhida, de maneira que a formação da Comissão de *impeachment* segue, por completo, o regramento padrão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que é de designação dos membros das Comissões pelos líderes.

A segunda interpretação foi acolhida, de forma que a expressão “eleita” foi interpretada como a “escolhida”, ficando determinado que a Comissão submetida à votação seria aquela escolhida pelos líderes partidários, e não caberia ao Plenário da Casa Legislativa escolher os representantes dos partidos ou blocos partidários. Dessa forma, a formação de candidatura avulsa foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual determinou que a Comissão Especial destinada à elaboração do parecer sobre o *impeachment* de Dilma Rousseff fosse realizada pelos líderes partidários.

Os Ministros decidiram que compete aos líderes dos partidos políticos a indicação dos representantes partidários ou dos blocos parlamentares para compor a composição da Comissão Especial. A questão vista sob o enfoque do método lógico, igualmente, não permitiria a possibilidade de candidaturas avulsas. Esse é o entendimento proposto pelo voto divergente, “o artigo 58, § 1º da Constituição, a representação proporcional do partido ou bloco parlamentar, os nomes dos partidos não podem ser escolhidos heteronomamente, de fora para dentro, em violação ao princípio constitucional da autonomia partidária”.

Com essas conclusões foi deferida a cautelar incidental, alínea “i”, da ADPF nº 378, tendo sido determinando que o art. 19 da Lei nº 1.079/50 fosse interpretado sistematicamente, observando-se os comandos da Constituição Federal e o Regimento Interno da Câmara dos

Deputados, não sendo permitindo a participação de candidaturas avulsas para a composição da Comissão Especial.⁵⁸⁹

Com relação à indagação formulada pela agremiação partidária acerca da forma de votação para a eleição da Comissão Especial - se por voto secreto ou ostensivo - o STF decidiu pela segunda forma, acolhendo os argumentos hermenêuticos do Ministro Roberto Barroso.

A interpretação levou em consideração que o princípio da publicidade dos atos legislativos decorre de forma imediata do princípio democrático, do sistema representativo, do regime republicano, todos de matriz constitucional. Associado aos princípios encartados pela Carta Política estaria a necessidade de responsabilização política e transparência, denominada pela doutrina constitucional norte-americana de *accountability*.

O autor do voto divergente ainda argumentou que a vigente Constituição Federal não estabeleceu nenhuma hipótese de votação secreta. “Do mesmo modo, a Lei nº 1.079/50, embora tenha prevista em seu artigo 19 a existência de uma ‘comissão especial eleita’, não instituiu escrutínio sigiloso nesta instituição”. Também afirmou que “o Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispôs expressamente sobre as Comissões no art. 33, mas tampouco trouxe previsão de eleição secreta para sua formação” e ainda disse mais: “seu art. 188 elenca casos de votação por escrutínio secreto, sem prever expressamente, entre eles, a Comissão Especial do *impeachment*”. Logo em seguida concluiu o Ministro: (...) “não é possível que o Presidente da Câmara dos Deputados possa, por decisão unipessoal e discricionária, estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RI/CD, por analogia à eleição para a Comissão Especial do *impeachment*”.⁵⁹⁰

Outro ponto abordado pela ADPF nº 378 foi a questão da possibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do Presidente da Câmara dos Deputados. O requerente pediu ao STF que desse uma interpretação conforme a Constituição

⁵⁸⁹ “A título de esclarecimento, reitero que, na verdade, a interpretação mais adequada do citado art. 19 da Lei nº 1.079/50 à luz da Constituição sequer envolveria a realização de votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados para a composição da Comissão Especial. A Comissão seria simplesmente designada pelos líderes. Evitam-se, assim, tentativas de se inviabilizar a formação da Comissão Especial. Apesar disso, como se reconhece que, em 1992, a Câmara dos Deputados adotou a interpretação de que haveria uma votação no Plenário para ratificação dos nomes indicados pelos líderes, vota-se por manter, para o rito de *impeachment* em curso, a realização de eleição pela Câmara, limitando-se a confirmar ou não as indicações feitas pelos líderes dos partidos ou blocos, sem admissão de candidaturas avulsas”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁹⁰ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

ao artigo 19 da Lei nº 1.079/50, com efeitos retroativos, para fixar a interpretação segundo a qual o Presidente da Câmara dos Deputados apenas poderia praticar ato de recebimento da acusação contra a ex-Presidente da República se não incidisse em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição.

O pedido de suspeição estava lastreado no fato de que o Deputado Eduardo Cunha foi alvo de representações pelo cometimento de infração apuradas no âmbito da Comissão de Ética da Câmara, cuja instauração dependia de decisão colegiada da qual participariam Deputados integrantes do partido da ex-Presidente. Essa situação representaria um contexto de suspeição, capaz de inabilitar o Presidente da Câmara dos Deputados para tomar a decisão de receber o processo de impedimento da ex-Presidente da República.

O STF decidiu que não se aplicam as hipóteses de impedimento ou suspeição previstas no Código de Processo Penal ao processo de *impeachment* de Presidente da República, por três razões: a) é incabível a equiparação entre parlamentares com magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade. Os parlamentares exercem suas funções com base em convicções político-partidárias e pessoais e objetivam buscar realizar a vontade dos representados; b) a aplicação subsidiária pressupõe ausência de previsão normativa na lei, o que não ocorre em relação à Lei nº 1.079/50, que estabelece os casos de impedimento no artigo 36; c) a lei dos crimes de responsabilidade não estabelece hipóteses de suspeição. Ademais, os processos de impedimento são travados no Poder Legislativo, onde as disputas, debates e divergências são típicas do ambiente político.

No processo de impedimento do ex-Presidente Collor também foi suscitada a suspeição de 28 Senadores. O STF decidiu a questão através do MS nº 21.623, estabelecendo que os parlamentares que atuam em processo de *impeachment* não se submetem às rígidas regras de impedimento e suspeição a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário.⁵⁹¹ Os

⁵⁹¹ STF, Mandado de Segurança nº 21.623 de 17.12.1992, Relator Ministro Carlos Velloso. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

Ementa: “VI – Impedimento e suspeição de Senadores: incoerência. O Senado, posto investido da função de julgar o Presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político. Quando a Câmara Legislativa – o Senado Federal – se investe de ‘função judicialiforme’, a fim de processar e julgar a acusação, ela se submete, é certo, a regras jurídicas, regras, entretanto, próprias, que o legislador previamente fixou e que compõem o processo político-penal. Regras de impedimento: artigo 36 da Lei nº 1.079, de 1950. Impossibilidade de aplicação subsidiária, no ponto, dos motivos de impedimento e suspeição do Cod. de Processo Penal, art. 252. Interpretação do artigo 36 em consonância com o artigo 63, ambos da Lei 1.079/1950. Impossibilidade de emprestar-se interpretação extensiva ou compreensiva ao art. 36, para fazer compreendido, nas suas alíneas ‘a’ e ‘b’, o alegado impedimento dos Senadores. VII – Mandado de Segurança indeferido”.

Senadores estão submetidos a regras jurídicas próprias, fixadas em lei especial, qual seja, a Lei nº 1.079/50.

Os argumentos hermenêuticos propostos pelo Ministro Roberto Barroso foram aceitos por maioria de votos dos membros do STF, ficando vencido, em grande parte, o relator.

Seguiram a divergência as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os Ministros Marco Aurélio, em menor extensão, o Ministro Ricardo Lewandowski. O Ministro Teori Zavascki divergiu do voto do Ministro Barroso apenas quanto à Comissão Especial por entender ser cabível o voto secreto. O Ministro Celso de Mello divergiu do relator em relação ao papel do Senado, para ele, não haveria qualquer relação de subordinação do Senado em relação à Câmara dos Deputados.

Os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes votaram integralmente conforme os argumentos apresentados pelo voto do relator, Ministro Edson Fachin.

6.3 Voto do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki acompanhou o voto divergente do Ministro Roberto Barroso quanto ao papel das Casas Legislativas, destacando a necessidade de ser aplicada a jurisprudência consolidada pela Corte no julgamento do “Caso Collor”.⁵⁹²

O voto ora analisado afirmou que o artigo 52, I, da Constituição Federal diz que a competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade é do Senado Federal. Portanto, haveria uma relação de sintonia entre o que acontece em relação ao julgamento pelo Senado e ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo possível estabelecer distinções quanto à natureza da autorização dada pela Câmara dos Deputados.⁵⁹³

⁵⁹² “Quanto ao papel do Senado e da Câmara dos Deputados, como colocou o Ministro Barroso, com todas as vênias do eminente Ministro-Relator, penso que à Câmara dos Deputados cabe apenas autorizar a instauração. É o que dito no artigo 51, inciso I, da Constituição: ‘art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado’. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁹³ “Ressaltou que o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Roberto Barroso se aplicava não somente aos casos de crimes de responsabilidade, como também em relação aos crimes comuns. Argumentou que a autorização

Desse modo, o Ministro, entendeu que o papel constitucional atribuído à Câmara dos Deputados é de mera autorizadora do processo de impedimento proposto contra o Presidente da República. Esse entendimento endossou o argumento de que o Senado Federal poderia barrar o processo de *impeachment*, apesar da autorização dada pela Câmara dos Deputados para o início do processo. O Senado tem a discricionariedade para abrir ou não o processo, como o STF tem a discricionariedade para aceitar ou não a denúncia, e, portanto, dar prosseguimento a ação penal.

Quanto ao modo da votação para a formação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, considerou legítimo o voto secreto para a eleição da Comissão Especial, acompanhando, nesse ponto, o entendimento do Ministro Fachin, alegando que: “Não vejo como se possa reconhecer a inconstitucionalidade desse ponto interno que admite para eleições internas, como é o caso, adotar um critério de votação secreta”.⁵⁹⁴

Argumentou o Ministro que a constituição das Comissões deve observar as regras regimentais de cada Casa Legislativa. Alega que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, conquanto não faça menção específica a esta Comissão Especial, distingue em atos deliberativos e atos eletivos. De acordo com Teori Zavascki a norma prevê que o voto deve ser aberto quando versar sobre questões deliberativas. No entanto, no que diz respeito aos atos eletivos a votação deve ser secreta, alegando que em tais situações “há uma escolha, uma indicação de quem vai deliberar”.⁵⁹⁵

Quanto ao modo de constituição das candidaturas, o Ministro entendeu que a forma avulsa seria ilegítima: “Se é verdade que tem que guardar proporcionalidade, não se trata de proporcionalidade de integrantes de partido. Tem que ser representantes do partido, portanto os representantes têm que ser escolhidos na formar das instâncias próprias”.⁵⁹⁶

dada pela Câmara dos Deputados não tem sentido diferente, nem conteúdo diferente, quando se trata de autorizar, por 2/3 (dois terços), a ação penal em relação ao Presidente da República, nos crimes comuns”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁹⁴ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁹⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁹⁶ Idem, *ibidem*.

6.4 Voto do Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator Edson Fachin, destacando que no processo de *impeachment*, não cabe ao STF fazer uma reanálise dos papéis das Casas Legislativas, devendo prevalecer a interpretação constante do artigo 51, I e 52, I da Constituição Federal.

O Ministro compreendeu que o Senado Federal não pode arquivar o pedido de *impeachment* do Presidente da República, devidamente aprovado pela Câmara dos Deputados, pelo alto quórum de 2/3 (dois terços). Isso porque o entendimento vencedor constante do voto que inaugurou a divergência permite estancar o pedido de impedimento no Senado Federal, pelo voto da maioria simples.

O Ministro afirmou que não há necessidade de deliberação prévia do Senado Federal antes do afastamento da ex-Presidente da República, pois se o Chefe do Executivo não conseguir ter o apoio político de 171 Deputados, fica difícil a governabilidade.⁵⁹⁷ Daí o natural afastamento:

A Câmara é a Casa que representa a soberania popular. Ela representa a nação brasileira, o povo brasileiro. O Senado, de outra banda, representa os Estados. Os senadores são eleitos pelo sistema majoritário porque não tem necessidade de representar o povo na forma proporcional. Senado tem outra forma de eleições e tem outra razão de ser, de existir. Se a soberania popular, representada na Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, pela maioria qualificada, que não é pequena, diz que está autorizado o processo e julgamento de *impeachment*, eu entendo que realmente a partir daí, com a instauração desse processo, que não tem necessidade de deliberação prévia do Senado, estará afastado da presidência da República o acusado.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ “Ministro Gilmar, se deliberarmos que só cabe aos líderes indicar os candidatos e impedir a candidatura avulsa, nós estamos autorizando um déficit democrático no Parlamento. Por quê? Porque vinte e seis (26) líderes vão definir exclusivamente quem são os elegíveis, subtraindo, dos outros 487 deputados, a liberdade de votar em quem se apresente dentre eles como candidatos.

É muito grave essa questão da candidatura avulsa. Eu divergi em outros temas, entendendo e respeitando as posições divergentes, mas, neste ponto, não consigo entender, data vênia. E eu volto a insistir: 26 líderes vão definir o que é essa Comissão, e não os 513, porque os 513 vão votar em algo que já está previamente definido”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁵⁹⁸ Idem, ibidem.

Com relação à formação da Comissão Especial, o voto ora analisado posicionou-se no sentido de que é possível a votação secreta da Câmara dos Deputados, posto que não se trata de votação eletiva.

O Ministro fez uma pergunta: “onde na Constituição, com que fundamento na Constituição, nós podemos dizer que as votações eletivas da Câmara dos Deputados têm que ser abertas?”⁵⁹⁹ E ele mesmo respondeu: “Não consigo encontrar fundamento para dizer que o voto tem que ser aberto. Pelo contrário”.⁶⁰⁰

Acerca da possibilidade de candidatura avulsa o Ministro votou pela sua manutenção, pois, no seu modo de interpretar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, não existiria ilicitude a ser declarada, pois a candidatura avulsa é da cultura daquela Casa Parlamentar: “Para todas as eleições de composição de Mesa Diretiva, comissões, se ela é eletiva, ela é passível de candidatos avulsos, que internamente, no seu partido, vão disputar com outros do mesmo partido e às vezes ganham”.⁶⁰¹

6.5 Voto do Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux endossou o procedimento de *impeachment* traçado no ano de 1992, para o julgamento do “Caso Collor”, pontuando que a jurisprudência do STF para o julgamento dos crimes de responsabilidade de Presidente da República, previsto na Constituição Federal e em lei especial, não deveria ser alterada. Afirmou, ainda, que se houvesse mudança de entendimento da Corte, para o “Caso Dilma”, haveria uma “gravíssima violação à segurança jurídica”.⁶⁰²

⁵⁹⁹ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶⁰⁰ Idem, *ibidem*.

⁶⁰¹ Idem, *ibidem*.

⁶⁰² “Entretanto, no âmbito da segurança jurídica, eu tenho efetivamente algumas observações, porque o voto do Ministro Fachin, realmente é um voto que arrebatou as consciências. Mas sucede que há um aspecto importantíssimo que não podemos olvidar. Depois da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar um caso semelhante a esse e fixou a sua jurisprudência e, também, sem inovar no ordenamento, estabeleceu o rito procedimental. E aqui, sob ângulo da segurança jurídica, o Direito brasileiro é muito apegado a essa cláusula pétrea, porque temos, no Direito material, irretroatividade das leis, prescrição, decadência; no Processo Civil, temos coisa julgada.

Assim, o Ministro foi favorável ao voto do relator em quatro pontos, e nos demais, acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso, defendendo o voto aberto em julgamento de pedidos de *impeachment* do Presidente da República. Também sustentou que o Senado Federal pode ou não instaurar o processo já autorizado pela Câmara dos Deputados.

Sobre a formação da Comissão Especial na Câmara dos Deputados que analisa a possibilidade de recepção do pedido de *impeachment*, Luiz Fux também divergiu do voto do relator Edson Fachin. Para ele, os membros do colegiado precisam ser indicados pelos líderes dos partidos, sendo contrário à criação de candidaturas avulsas.⁶⁰³

Ainda sobre a Comissão Especial, o Ministro defendeu que a indicação dos parlamentares deve ser feita pelo voto aberto, manifestando-se contrariamente ao procedimento adotado pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

6.6 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Então, veja Vossa Excelência o seguinte: já iniciado, um primeiro aspecto da segurança jurídica que, no meu modo de ver, verifica-se no caso em foco, já iniciado o processo, sugere-se um novo rito. Só esse fato já viola a segurança jurídica. Por quê? Porque o rito fixado pela Corte Suprema à luz da Constituição de 1988 já fora estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Então, vai se modificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal num caso específico? Vamos modificar daqui para frente, modular os efeitos, esperar terminar este mandato, e vai para o mandato seguinte; se fôssemos modificar. Mas, na verdade, sob o ângulo processual, seria uma violência à segurança jurídica que nós modificássemos o rito adotado pela jurisprudência do Supremo, num caso ocorrente depois da Constituição de 1988. Qual é a diferença? Efetivamente, é o *impeachment* de 1992 e a pretensão de *impeachment* formulada agora”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶⁰³ “Num segundo plano, também da segurança jurídica, porque a segurança jurídica, por exemplo, pressupõe motivação, exposição clara das manifestações de vontade, porque o direito é um mundo de manifestações de vontade. Mistério, segredo e democracia não combinam; absolutamente, não combinam. E não é por essa razão que a própria Constituição Federal dispõe que não bastam só suas regras, o que importa são suas normas; e há o princípio da publicidade, que é um princípio caríssimo à Constituição da República Federativa do Brasil. Ontem, muito me impressionei com o belíssimo voto do Ministro Fachin com relação à intangibilidade da liberdade de consciência, mas efetivamente, se formos verificar, não havendo nenhuma regra constitucional nesse sentido, há de prevalecer a principiologia da Constituição Federal, que privilegia a publicidade. E vejam que *contradictio in terminis*: o voto é secreto para formar a Comissão, mas, na hora de votar, todo mundo tem que mostrar o rosto, a votação ostensiva e nominal. Isso não tem coerência. (...)”

Nessa linha, sem mais delongas, vou aderir à proposta do Ministro Barroso quanto à candidatura avulsa e também em relação à possibilidade de indicação por blocos parlamentares, porque o art. 58 da Constituição Federal - não estamos falando em regimento, mas em Constituição Federal:

‘Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou’ - há uma equivalência – ‘dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.’

Então, há aqui uma constitucionalização da utilização de blocos parlamentares para criação dessas Comissões. Eu, por fim, Senhor Presidente, entendo que, de alguma maneira, nós devemos manter o rito do Presidente Collor”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou integralmente o voto apresentado pelo relator, afirmando que o Ministro Edson Fachin enfrentou todas as questões suscitadas “e deu a elas respostas plausíveis que vêm sendo reconhecidas pela Corte”.⁶⁰⁴

Quanto à participação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no processo de *impeachment* do Presidente da República, ele considerou que o relator adotou solução correta que permite a convivência pacífica entre as duas Casas Legislativas:

Me parece que a solução que o Ministro Fachin traz parece adequada e respeitosa da convivência entre essas duas casas. Porque estamos vivendo um momento extremamente delicado. De conflitos enormes entre os poderes e também no âmbito do próprio Poder Legislativo, com afirmações retóricas que podem se convolar em desarmonia.⁶⁰⁵(Sic).

O Ministro Gilmar Mendes, também votou pela manutenção da jurisprudência firmada no “Caso Collor”: “Eu compartilho da ideia de que é necessário preservar a jurisprudência estabelecida no caso e o roteiro seguindo algumas adaptações”, afirmando que a situação política do país é delicada, por estarmos vivendo um segundo processo de *impeachment* num curto período de pouco mais de vinte anos.⁶⁰⁶

Acerca da questão do voto secreto o Ministro também acompanhou o voto do relator.⁶⁰⁷ Semelhantemente concordou com o relator no que diz respeito à possibilidade de

⁶⁰⁴ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶⁰⁵ Idem, *ibidem*.

⁶⁰⁶ “Já estamos no segundo *impeachment* em mais de 20 anos e estamos a esgrimir argumentos e tentar salvar a lei de 1950. Portanto, compreendem-se as dificuldades colocadas, mas, de fato, devemos ter enorme cuidado para não agravar uma situação que já está muito agravada. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

⁶⁰⁷ “Mas encerro, Presidente, destacando a responsabilidade desta Corte nesse tipo de matéria. Dizer que os líderes devem indicar é comprometer o próprio sistema democrático, num modelo que já é, por natureza, oligárquico. E nós estamos a ver isso nos dias de hoje, de ontem, de anteontem, com as disputas nesse grande partido que compõe a base com o Governo, o PMDB, com abaixo-assinados que faz com que o líder do partido dure dois dias, três dias ou quatro dias. Isso que deve indicar, segundo os critérios que nós estamos estabelecendo, os representantes PMDB na Comissão.

Para que eleição? O que nós estamos dizendo, a rigor, é que cabe a uma oligarquia a designação desses membros. E, veja, com reflexo em todo o funcionamento da Câmara dos Deputados. Estamos manipulando esse processo com eficácia próxima de zero, senão zero, porque não se salva quem precisa de força política com esse balão de oxigênio dado por corte judicial”. STF, ADPF 33, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, publicada no Diário de Justiça de 27.10.2006. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de jul. de 2016.

candidaturas avulsas.⁶⁰⁸ Nesse ponto do voto, Gilmar Mendes defendeu a autonomia do parlamento para realizar candidaturas avulsas, argumentando que a interpretação dada pela Corte, no julgamento da ADPF nº 378, estava sendo utilizada para salvar o governo de Dilma Rousseff das sérias consequências de um processo de *impeachment*.

6.7 Voto do Ministro Marco Aurélio

No que diz respeito ao papel das Casas que formam o Congresso Nacional, o Ministro entendeu que cabe ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República, podendo, inclusive, determinar o arquivamento da denúncia já aceita pela Câmara dos Deputados.⁶⁰⁹

⁶⁰⁸ “Mas, entre nós, esse quadro de domínio das diretorias, dos órgãos diretivos assumiu uma situação conhecida de total domínio, de imposição por parte dos órgãos diretivos. Então, a gente vem e caça a possibilidade de a Câmara se manifestar. É claro que há o parâmetro da representação parlamentar, do quadro plural, proporcional. Porém, estamos dizendo que cabe ao partido indicar. Quer dizer, que eleição é essa? De que eleição nós estamos falando? De que vale falar que é eleição secreta? Se se trata de manipular esse processo, então, está, assumamos, mas assumamos que estamos fazendo uma manipulação do processo para efeito ad hoc, para interferir no processo. Se é disso que se cuida, mas vamos dar a cara a tapa. Vamos assumir que estamos fazendo isso com endereço certo. Estamos tomando uma decisão casuística. Se se trata de ter regras claras e de respeitar a autonomia do Parlamento, então, vamos respeitar. Se se trata de eleição, por que não se trata de eleição? Por que não se falou em indicação para uma questão das mais sérias que se coloca no Parlamento, que é a questão do *impeachment*, em que se convolam as duas casas em julgadoras, em sentido amplo.

Então, estejamos atentos quanto a nossa responsabilidade histórica. E estejamos atentos também quanto ao fato de que expedientes desse tipo não resultam em aborto de medidas desse tipo, não resultam na possibilidade de evitar *impeachment*. Ninguém será salvo de *impeachment* por cautelar ou por interferência do Judiciário. Se não tiver base parlamentar, não sobrevive. Os cento e setenta e um votos necessários para permitir que se escape do *impeachment*, como o ministro Celso chamou a atenção no caso dos Estados Unidos, não são suficientes para governar. Nós estamos ladeira abaixo - fomos desclassificados ontem por mais uma agência de *rating* -, sem Governo, sem condição de governar, com um modelo de fisiologismo que nos enche de vergonha e sem capacidade retomar qualquer iniciativa.

Esses dias, o senador Serra escreveu um artigo, citando Bernardo Cho, dizendo que devemos ter medo de duas coisas no mundo: daquilo que a gente deseja e consegue e daquilo que a gente deseja e não consegue. As duas coisas podem-se transformar em tragédia. Nós estamos vivendo um momento em que a recuperação política passa por obter vitórias efetivas no Parlamento, apoio no Parlamento, não tentativas de manipular o resultado de votação via intervenção judicial”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶⁰⁹ “A questão da defesa, Presidente, é muito séria, e precisamos homenagear, tanto quanto possível, o sistema, o grande todo. Não potencializo o fato de, no rol das garantias constitucionais, apenas se ter assegurado o contraditório quando existente acusado ou litigante, porque se deve viabilizar o devido processo legal. No âmbito da Câmara, não vejo como se cogitar do contraditório e, portanto, da necessidade, no que minimizo a participação da Câmara na leitura que faço da Constituição Federal, de viabilizar a audição de possível interessado, isso quanto à autorização a ocorrer.

Mas o mesmo não se dá tendo em conta a acusação, tendo em conta o surgimento de um processo no âmbito do Senado Federal. Dir-se-á que, instaurado o processo no Senado Federal, haverá a oportunidade de ouvir o interessado ou a interessada, no caso concreto. Nessa quadra tão difícil, ante um impasse incompreensível entre o Executivo nacional e o Legislativo, dir-se-á que terá oportunidade após a instauração do processo. Acontece que, se concluirmos dessa forma, o sistema ficará capenga. Por que? Aplico analogicamente a legislação instrumental comum à espécie. Sabemos que, no processo-crime, antes de ter-se o processo propriamente dito, há fase

Dessa forma, o Ministro acompanhou a divergência vencedora, formando maioria no que diz respeito à autonomia do Senado Federal na questão da aceitação ou não do pedido de *impeachment*, afirmando que a “Casa Alta” tem total liberdade de atuação: “Se eu dissesse aqui que o Senado está atrelado ao que deliberado pela Câmara, o Senado deixaria de ser uma Câmara Alta e passaria a ser uma Câmara baixíssima – isso na visão leiga”.⁶¹⁰

Quanto à maneira da votação da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, o Ministro entendeu que nada justifica a existência de voto secreto, defendendo a votação aberta: “Há de prevalecer sempre o interesse público, princípio básico da administração pública, que direciona a publicidade e transparência, que viabiliza a busca de um outro predicado que é a eficiência”.⁶¹¹

Quanto à forma de candidaturas, o Ministro entendeu que se deve privilegiar a participação dos blocos políticos na sua formação, devendo-se considerar a ênfase dada pela Carta aos partidos políticos, defendendo que não há campo para candidatura avulsa, cuja espontaneidade é de um subjetivismo maior.⁶¹²

preliminar em que o Juízo recebe, sem exame aprofundado, como está no artigo 396 do Código de Processo Penal, a denúncia e, depois, ouvido o Estado-acusador, que é o Ministério Público, pode arquivá-la. No tocante à chefia do Poder Executivo nacional, o que acontece quando se trata de imputação de crime comum? Antes do recebimento da denúncia, pelo Supremo, antes de instaurado o processo-crime propriamente dito, que pressupõe o recebimento da denúncia, há a audição do acusado, segundo o disposto no artigo 4º da Lei nº 8.038/90.

E digo mais, Presidente, a instauração do processo no Senado da República tem consequência que considero extremada: o afastamento, por seis meses, do Chefe do Poder Executivo. Indago: essa instauração – pode haver o arquivamento – não vai ser precedida do que aponto como o mínimo, que é a manifestação do Executivo? Penso que sim. A fase própria, a meu ver – isso, cogitando de um sistema que deve fechar, deve ser um grande todo, dando ênfase maior ao devido processo legal, gênero –, para a audição precede à instauração, que digo da acusação em si, a decretação da acusação, que gera, vou repetir, consequência maior, prevista no § 1º do artigo 86”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶¹⁰ Idem, *ibidem*.

⁶¹¹ “Reconheço, Presidente, que, no tocante à formação das Comissões em geral, a Carta Federal se refere à representação proporcional dos partidos e admite – porque é a realidade – essa proporcionalidade como observada, tendo em conta os blocos parlamentares. E, se se cogita de bloco parlamentar, há uma finalidade, que é a votação em certa linha. Portanto, assento que, de início, cabe realmente aos líderes a indicação daqueles que deverão compor – e nem por isso se deixa de ter a eleição, verdadeira ratificação – a denominada chapa para a constituição da Comissão Especial”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶¹² Presidente, sob o ângulo do voto secreto – diria –, do voto misterioso, isso se levarmos às últimas consequências o Regimento da Câmara dos Deputados, no que realmente dispõe que, nos casos de eleição, e é do que se trata, tem-se o voto secreto – inciso III do artigo 188 –, estaremos contrariando um silêncio eloquente das Constituições Federais posteriores à de 1934, no que esta previu, relativamente a eleições, o voto secreto. Refiro-me, Presidente, ao artigo 38 da Constituição de 1934, no que versava o voto secreto nas eleições e nas deliberações sobre vetos e contas do Presidente da República. Mas esse preceito não foi repetido, em um silêncio que já enquadrei como eloquente, nas Cartas posteriores.

6.8 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello seguiu majoritariamente o voto do relator, à exceção do papel constitucional a ser desempenhado pelo Senado Federal, no julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Inicialmente argumentou que deveria ser seguido para o “Caso Dilma”, o procedimento de impedimento traçado pelo STF para o “Caso Collor”, a fim de que não fosse dado tratamento diferenciado a dois Presidentes da República, durante a vigência da mesma ordem constitucional.

Dessa forma, afirmou que no julgamento de Fernando Collor, proferido no MS nº 21.564, manteve entendimento diverso do atual, quanto ao papel da Câmara e do Senado Federal. Naquela oportunidade, entendeu que a deliberação dada pela “Casa Baixa”, teria efeito vinculante, nos termos do artigo 51, inciso I, da Constituição Federal, alegando que a instauração do processo de *impeachment*, pelo Senado da República, era uma consequência necessária da autorização dada pela primeira Casa, quando alcançado um quórum de dois terços votos dos Deputados Federais.⁶¹³

Há mais, Presidente: o interesse público deve sempre prevalecer e direciona – é princípio básico da Administração Pública – à publicidade, à transparência, no que viabiliza a busca de um outro predicado: a eficiência.

Aludo, Presidente, ao voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.461, quando este Plenário acabou abordando a matéria da votação aberta, no que teve que se pronunciar quanto à harmonia ou não de preceito da Constituição do Estado do Rio de Janeiro com a Carta Federal, o qual versava o problema da cassação de parlamentar e dispunha que deveria ser mediante escrutínio aberto. Reporto-me ao meu voto, ao voto do ministro Carlos Ayres Britto no mesmo sentido, ao voto sempre muito douto do ministro Celso de Mello e também, muito embora Sua Excelência tenha votado em sentido diverso, no caso, ao aparte, ao meu voto, do ministro Carlos Velloso.

Nada justifica, Presidente, a existência, no caso, do voto secreto. Tal como o ministro Luís Roberto Barroso, não potencializo, em si, o rol de situações jurídicas, apontando-as, portanto, exaustivas, o rol previsto na Carta de 1988. Poderei raciocinar e concluir, depois de reflexão, pela existência de certa situação que revele, a partir do interesse público, do interesse coletivo, do interesse da sociedade, a necessidade de ter-se o escrutínio secreto. Mas não posso, potencializando o Regimento da Câmara dos Deputados, ressuscitar o artigo 38 da Constituição de 1994”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶¹³ “(...) É certo que, ao votar no MS 21.564/DF (*Caso Collor*), salientei o caráter vinculante da deliberação parlamentar emanada da Câmara dos Deputados nos termos do art. 51, inciso I, da Constituição Federal, havendo enfatizado, então, no voto que proferi, que a instauração do processo de “*impeachment*”, pelo Senado da República, traduzia consequência necessária da autorização dada, previamente, por dois terços dos Deputados Federais”. Idem, *ibidem*.

O Ministro justificou o anterior posicionamento relativo ao MS nº 21.564, aduzindo que a decisão tomada no passado foi fundamentada em substancial doutrina que abalizava a decisão que proferiu no “Caso Collor”.

No julgamento do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, o Ministro afirmou ter feito uma nova e detida reflexão sobre a questão debatida em juízo, no que diz respeito à interpretação dos artigos 51, I, 52, I, e 86, *caput*, da Constituição Federal de 1988, reconhecendo, desta feita, que a atual Carta Política deu um novo papel à Câmara dos Deputados⁶¹⁴, a quem foi concedido o poder de formar um juízo eminentemente político, autorizando ou não a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República.⁶¹⁵

De acordo com o novo entendimento esposado no julgamento de 2016, o Senado Federal não está vinculado à decisão da Câmara, podendo instaurar, ou não, o processo contra o Presidente da República, nos casos de crimes de responsabilidade.⁶¹⁶ Ao sustentar este entendimento, o Ministro Celso de Mello aderiu aos argumentos do voto divergente, no sentido de que o Senado Federal não é um mero executor⁶¹⁷ das decisões da Câmara dos Deputados, ou como disse o Ministro Roberto Barroso, um mero homologador das decisão daquela Casa.

⁶¹⁴ “A Constituição defere à Câmara dos Deputados, assim, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado, não importando a natureza do ilícito imputado ao Presidente da República, apenas a competência para autorizar o Senado Federal a instaurar processo de “*impeachment*” contra o Chefe do Poder Executivo da União (CF, art. 51, I). (...)”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶¹⁵ “A Constituição defere à Câmara dos Deputados, assim, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado, não importando a natureza do ilícito imputado ao Presidente da República, apenas a competência para autorizar o Senado Federal a instaurar processo de “*impeachment*” contra o Chefe do Poder Executivo da União (CF, art. 51, I). (...)”. Idem, ibidem.

⁶¹⁶ “Tenho para mim, no entanto, após nova e detida reflexão sobre o tema em causa – não obstante respeitáveis opiniões doutrinárias em sentido contrário, todas sustentando o caráter impositivo da autorização dada pela Câmara dos Deputados (Paulo Brossard, José Afonso da Silva, Alcino Pinto Falcão, Alexandre de Moraes, Uadi Lammêgo Bulos e Ives Gandra Martins, “*inter alia*”) –, que a deliberação emanada dessa Casa do Congresso Nacional não se reveste de eficácia vinculante, qualificando-se, ao contrário, como requisito de procedibilidade que meramente possibilita ao Senado Federal, fundado em juízo discricionário, instaurar, ou não, o concernente processo de “*impeachment*” contra o Presidente da República”. Idem, ibidem.

⁶¹⁷ “Demais disso, é importante referir o fato de que entendimento diverso implicaria submeter o Senado Federal a uma inaceitável situação de subordinação institucional à Câmara dos Deputados, pois, além de negar-lhe autonomia decisória em matéria impregnada de tão graves e profundas consequências político-jurídicas, torná-lo-ia simples executor constitucional de uma autorização dada pela Câmara Baixa. Cabe insistir, portanto, na asserção de que a autorização dada pela Câmara dos Deputados, longe de representar imposição vinculante, traduz mera permissão, simples “*conditio sine qua non*” ou requisito de procedibilidade que, uma vez presente, viabilizará, se assim o entender o Senado da República, a instauração, por ele, do processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade”. Idem, ibidem.

Caso o Senado venha a decidir pela abertura do processo deveria determinar a suspensão cautelar e provisória do Chefe de Estado, quanto ao exercício de suas funções, pelo prazo máximo de 180 dias.⁶¹⁸

O voto afirmou, ainda, que a Constituição Federal de 1988 deu uma nova conformação ao Senado Federal, no julgamento dos crimes de responsabilidade: “Com a promulgação do texto da vigente Carta Política, operou-se radical transformação na ordem ritual que condiciona o processo e o julgamento do Presidente da República, em sede de “*impeachment*”, por ilícitos político-administrativos”.

A decisão mudou a Constituição Federal, porque agora o Senado Federal teve as suas funções ampliadas: a) fez novo juízo de admissibilidade da denúncia contra o Presidente da República; b) fez a pronúncia ou impronúncia; c) fez a instrução processual com o julgamento final do mérito do *impeachment*.

A justificativa para a mudança interpretativa residiu nas consequências da instauração do processo de impedimento, devido ao afastamento do Presidente da República, que pode acarretar gravíssimos problemas políticos, econômicos e sociais, razão pela qual considerou lícito que o Senado tenha o mesmo juízo discricionário reconhecido à Câmara, ou seja, a possibilidade de declarar improcedente a acusação e extinguir o processo.⁶¹⁹

Em que pese a mudança de posicionamento do Ministro, com relação papel do Senado Federal, asseverou que o quórum para a aprovação do processo na “Câmara Alta” deveria ser de 2/3 (dois terços) dos Senadores. Neste ponto, ficou vencido, porque a maioria dos Ministros entendeu que o quórum deliberativo deveria ser por maioria simples.⁶²⁰ O quórum qualificado só é exigido para o julgamento final de condenação.

⁶¹⁸ “Ao Senado Federal, constitucionalmente designado como instância concentradora do processo e julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, faculta-se, ante a autorização derivada da Câmara dos Deputados, a possibilidade de instauração do processo de “*impeachment*”, com todas as consequências jurídico-constitucionais daí emergentes, notadamente a suspensão cautelar e provisória do Chefe de Estado, quanto ao exercício de suas funções, pelo prazo máximo de 180 dias. (...)”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶¹⁹ Nesse contexto, cabe ao Senado Federal, “*mutatis mutandis*”, o mesmo poder discricionário que então se reconhecia à Câmara dos Deputados, tendo em vista, precisamente, a gravíssima consequência derivada da instauração do processo de apuração da responsabilidade política do Presidente da República. (...)”. Idem, *ibidem*.

⁶²⁰ “Cabe assinalar, por necessário e relevante, que a Constituição Federal, dando consequência ao postulado republicano, definiu os parâmetros essenciais à configuração da responsabilidade político-administrativa do Presidente da República, sujeitando-o, nos crimes de responsabilidade, ao processo de “*impeachment*”, instaurável perante o Senado Federal mediante prévia deliberação da Câmara dos Deputados pela maioria

Com relação à votação dos Deputados escolhidos para compor a Comissão Especial criada para a emissão de parecer na Câmara dos Deputados, o Ministro ratificou o voto do Ministro Edson Fachin, afirmando que é possível, no nosso ordenamento constitucional, a votação secreta dos parlamentares, somente para este fim.⁶²¹

Ressaltou, no entanto, que a votação final, isto é, a deliberativa para a autorização ou não do processo de impedimento contra a ex-Presidente da República, deveria, obrigatoriamente, ser ostensiva, porque é direito de todo o país e dos eleitores em especial, saber como votou cada Deputado Federal.

O voto em análise também adotou as razões apresentadas pelo relator originário, no que toca à possibilidade de candidaturas avulsas, aduzindo que os líderes partidários não poderiam concentrar em sua pessoa a totalidade dos votos dos liderados, pois, se isso fosse possível, estar-se-ia aniquilando a condição de representante do povo, ostentada por cada Deputado Federal.⁶²²

qualificada de 2/3 dos membros que a integram". STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶²¹ “Entendo possível, Senhor Presidente, na linha do voto proferido pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, a realização de votação secreta para a escolha dos Deputados Federais que vão compor a Comissão Especial a que se refere o art. 19 da Lei nº 1.079/50.

As razões apontadas pelo eminente Relator convencem-me, com a devida vênia, da plena legitimidade constitucional desse método de votação parlamentar, considerada a circunstância de sua aplicabilidade ao processo de eleição dos integrantes que vão compor referida Comissão Especial. (...).

Sabemos, quanto ao ponto que venho de referir, que o processo de votação nominal traduz instrumento de exteriorização da vontade parlamentar compatível com o voto ostensivo e aberto, que se apresenta revestido, quanto à sua forma de manifestação, de um grau de máxima publicidade. (...)

Essa percepção do tema bem justifica a ampla publicidade que deve prevalecer, na esfera da Câmara dos Deputados, no estágio final em que essa Casa do Congresso Nacional deliberará sobre a autorização de abertura, pelo Senado Federal, do processo de “*impeachment*” contra o Presidente da República.

Reafirmo, portanto, Senhor Presidente – não obstante o caráter ostensivo ou aberto da deliberação da Câmara dos Deputados por ocasião da outorga, ou não, de autorização para abertura do processo de “*impeachment*” (CF, art. 51, I) –, que a eleição dos integrantes que irão compor a Comissão Especial a que se refere o art. 19 da Lei nº 1.079/50 realizar-se-á mediante escrutínio secreto, com a possibilidade, ainda, de formação de candidaturas avulsas e independentes das lideranças partidárias, nos precisos termos do voto proferido pelo eminente Ministro EDSON FACHIN”. Idem, ibidem.

⁶²² “Os líderes partidários não podem concentrar em sua pessoa a totalidade dos votos de seus liderados, pois entendimento diverso implicaria frustrar e, até mesmo, aniquilar a inafastável condição de representante do Povo que cada Deputado Federal ostenta. Daí a plena validade, segundo entendo, do processo de escolha dos componentes da Comissão Especial, com aceitação, inclusive, de candidaturas avulsas, estabelecido pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Quando atingida, no entanto, a fase deliberativa na qual a Câmara dos Deputados irá autorizar, ou não, a instauração do processo de “*impeachment*” pelo Senado Federal, impor-se-á, nesse estágio final, a votação ostensiva, realizada “*coram populo*”, em que os Deputados Federais, mediante votação nominal, poderão autorizar a abertura, perante o Senado da República, do processo de responsabilização política do Chefe do Poder Executivo da União”. Idem, ibidem.

6.9 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Lewandowski acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Roberto Barroso em todos os pontos. Com relação ao papel das Casas Legislativas, o Ministro pronunciou-se no sentido de que o Senado Federal não está adstrito à autorização dada pela Câmara dos Deputados, aduzindo que o processo de *impeachment* deve recomeçar no Senado Federal,⁶²³ a quem cabe realizar o processo e o julgamento do Presidente da República, nos crimes de responsabilidade.

No que diz respeito à possibilidade de votação secreta, também aderiu ao voto divergente, alegando que a Constituição estabelece que a publicidade dos atos deve ser a regra, sendo necessário o voto aberto.⁶²⁴

⁶²³ “O pedido g da medida cautelar é aquele que se pretende afastar aquela ampla discricionariedade da Câmara para não apenas aceitar a representação contra o Presidente da República, mas também aquela ideia que se tinha, ou que alguns tinham de que a Câmara pudesse impor ao Senado a sua vontade, obrigar que o processo e o julgamento fossem obrigatoriamente desencadeado. Eu não quero tecer maiores considerações, porque todos aqueles que me precederam e que abraçaram essa tese trouxeram argumentos muito superiores. Mas eu queria apenas sublinhar dois aspectos: primeiramente, quando o artigo 51, inciso I, da Constituição Federal diz "autoriza", ele quer dizer "faculta", faculta à Câmara Alta, o Senado, julgar e processar. Não é uma determinação, não é uma ordem, não é um comando. A decisão da Câmara não vincula o Senado, é disso que se cuida. Essa é a conclusão que se pode tirar das intervenções que foram feitas majoritariamente; e agora, inclusive, a partir dessas lições que nós haurimos do pronunciamento de nosso eminente decano.

Querida adicionar um segundo argumento que é o seguinte: processar e julgar o Presidente da República é competência privativa do Senado, conforme o art. 52, inciso I. Quando o Constituinte fala "competência privativa", ele quer dizer competência exclusiva, competência indelegável. Portanto, ela não é compartilhada, de nenhuma forma, com a Câmara dos Deputados”.

⁶²⁴ Finalmente, o terceiro ponto de discórdia é aquele formulado na petição inicial e incidental que é a peça 35, que diz respeito à votação para a Comissão Especial. E aí trata-se de saber se o voto é aberto ou fechado. Aqui eu gostaria também de repetir brevemente - talvez em outras palavras - aquilo que já foi dito pelos Ministros que me antecederam e que adotaram a tese do voto aberto, com a qual eu concordo, dizendo que as hipóteses de escrutínio sigiloso estão taxativamente previstas na Constituição de 1988, como, por exemplo, no art. 52, incisos III e IV, que trata da aprovação da escolha de Magistrados e Ministros dos Tribunais de Contas e de Governador dos territórios, Presidentes e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República; o artigo 52, inciso XI, para aprovar a exoneração de ofício do Procurador-Geral da República antes do término do seu mandato. Ou seja, quando a Constituição quis que a votação fosse secreta ou sigilosa, ela o deixou expressamente consignado. Como disse o eminente vice-decano, o Ministro Marco Aurélio, trata-se de um silêncio eloquente da Constituição - essas são as palavras do nosso Ministro Marco Aurélio.

E mais: eu quero agora também fazer eco às palavras dos Ministros que me antecederam e que também estão concordes com essa tese de que, numa democracia, especialmente na sua forma republicana, o princípio, a regra é a de que todos os atos da Administração Estatal sejam públicos, sejam transparentes. Não há razão - e tendo em conta, inclusive, a menção que a Ministra Rosa fez no sentido de que o processo de *impeachment* é um processo pedagógico, que deve reforçar a democracia, não é um processo contrário à democracia, ele realmente é um instrumento para expungir os maus governantes, na evocação de um texto histórico que fez o Ministro Celso de Mello. Portanto, se é algo para melhorar a democracia, precisa ser transparente, público. Não há nenhuma razão

Quanto à questão da criação da Comissão Especial, o Presidente do STF acolheu o entendimento de que ela é possível, uma vez que pela Constituição Federal, tanto eles como os partidos podem formar a Comissão. No entanto, rejeitou a possibilidade de formação de candidaturas avulsas, sobretudo porque no regime da democracia representativa a participação dos partidos políticos é imprescindível. O voto em comento assinalou, ainda, que o processo de *impeachment* é pedagógico, atuando como instrumento para afastar maus governantes: “Se é algo pra melhorar a democracia, precisa ser transparente”⁶²⁵, afirmando que “não há nenhuma razão para permitir que os representantes do povo possam de alguma forma atuar nas sombras”.⁶²⁶ Com estas palavras indeferiu o pedido de votação secreta dos membros da Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

6.10 Voto da Ministra Cármen Lúcia

A Ministra também acompanhou a divergência proposta pelo Ministro Roberto Barroso. Em seu voto destacou a importância do processo de *impeachment* para a democracia, eis que o instituto visa apurar a responsabilidade política de Presidente que comete crimes de responsabilidade. Nas democracias o governante tem limites e responsabilidade, não podendo desrespeitar a lei. “Sem responsabilidade não há democracia, sem democracia não há justiça, sem justiça não há dignidade, menos ainda cidadania”.⁶²⁷

A atual Presidente do STF afirmou que a democracia está fundamentada sobre três pilares democráticos: responsabilidade, legalidade e segurança jurídica.

para permitir que aqueles que representam o povo, que são meramente mandatários, possam, de alguma forma, atuar nas sombras. Eles precisam dizer a que vieram, têm que expressar a sua vontade de maneira clara, para que os mandantes, que são os eleitores, possam saber exatamente em que sentido os seus representantes ou mandatários estão atuando. De maneira que me filio à corrente do voto aberto. Penso que nós estamos num momento de aprimoramento da nossa democracia e precisamos avançar, até porque aqui no ambiente Judiciário, tanto as sessões jurisdicionais quanto as administrativas, agora por força da EC 45/2004, são públicas. Aqui não há segredo, não há sigilo. Quando se faz eleição secreta, na verdade, é uma eleição praticamente simbólica, porque até as cédulas de votação são pré-preparadas”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶²⁵ Idem, ibidem.

⁶²⁶ Idem, ibidem.

⁶²⁷ Idem, ibidem.

A Ministra destacou que no processo de Dilma Rousseff deveriam ser aplicadas as mesmas regras adotadas no julgamento do processo de *impeachment* de Fernando Collor, a fim de prestigiar o princípio da segurança jurídica “de tal maneira que a segurança jurídica não fosse de qualquer forma tisonada”.⁶²⁸ Salientou ainda a juridicidade a ser assegurada no processo, “a fim de que eventuais teorias não pudessem fazer sucumbir direitos de minorias ou de majorias”.⁶²⁹

Quanto à participação do Senado Federal nos crimes de responsabilidade, a Ministra votou pela possibilidade de a “Câmara Alta” fazer novo julgamento de admissibilidade da acusação, não ficando limitada à admissibilidade formulada pela Câmara dos Deputados.⁶³⁰ A conclusão, nesse particular, é que ao Senado Federal compete processar “e, como competência não é faculdade, é dever, então ele tem que processar para receber ou não a denúncia”.⁶³¹

Com relação à forma da votação na Câmara dos Deputados, a Ministra entendeu que deve ser aberta: “Nesse caso houve mudança na Constituição e, do estudo feito do sistema,

⁶²⁸ STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶²⁹ Idem, *ibidem*.

⁶³⁰ “Quanto ao rito, também tenho, como antes exposto em votos que antecederam o meu, que se há de respeitar o estabelecido constitucionalmente, que tenho como dotado de clareza, a dizer, recebido e autorizado pela Câmara, o processamento do *impeachment* fica, então, a cargo do Senado, que deliberará nos termos da legislação vigente. O processo é juridicamente estabelecido, mas o seu encaminhamento se dará no espaço senatorial.

Atento para o específico ponto de que, ao afirmar competir ao Senado Federal processar e julgar o *impeachment* não estou considerando que ele possa deixar de processar, o que, aliás, vem da história. Num parecer que tive oportunidade de oferecer a Barbosa Lima Sobrinho, que assinou o *impeachment* levado a efeito em 1992, assinalei passagem de Rui Barbosa, muito curta, pelo que faço a sua leitura. Referindo-se a um outro pedido de *impeachment* em curso no Congresso Nacional, no início da República, dizia aquele grande advogado que “*Por uma infração de uma lei ordinária, esteve o Presidente dos Estados Unidos a um voto de distância da condenação. Coteja-se, agora, essa situação com a nossa*”.

Cotejando as duas legislações e considerando a grande diferença entre o que se tinha previsto na Constituição de 1891 (exatamente porque o Senado só julgava) e o que agora vigora constitucionalmente, é de se anotar o que então afirmava Rui Barbosa:

‘Resolver neste, ou naquele sentido, isso cabe à discricção do Congresso, de acordo com a lei. Com a lei, não com as conveniências, porque, no exercício dessa prerrogativa, o Congresso atua como um tribunal, não como uma entidade política. Mas seja qual for a solução que incumbe à sua consciência, o que ele não pode evitar é o exame do assunto. Aí, não tem arbítrio, aí, não pode ladear a necessidade, aí não lhe é lícito transigir. Há de vestir a toga da sua magistratura que a Constituição lhe entregou e proferir uma decisão, autorizando o Plenário e encerrando o processo na formação da culpa, condenando, ou absolvendo. Se se furtar a esse dever, é um Congresso abdicatário, o resto do naufrágio de um regime, não um órgão de uma Constituição viva. Dificuldades, há, cuja evocação pode ser deplorável, mas que, uma vez evocadas, fossem medi-las com o olhar seguro da razão e destramá-la com a mão firme da Justiça’

Portanto, compreendo que o Senado recebe e processa o pedido de *impeachment*. O rito para esse processamento é o que foi exposto inicialmente pelo Ministro Barroso e pelos Ministros que o acompanharam, tal como faço também nesse passo”. Idem, *ibidem*.

⁶³¹ Idem, *ibidem*.

não há como se assegurar que haveria de ser secreto, nesse caso, porque faltaria fundamento jurídico e um fundamento jurídico voltado especificamente a este caso”.⁶³²

No tocante à possibilidade de candidaturas avulsas, a Ministra também seguiu a divergência, manifestando-se pela rejeição do pedido.⁶³³

6.11 Voto da Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber acompanhou integralmente a divergência proposta pelo Ministro Roberto Barroso. Para ela a Câmara dos Deputados apenas autoriza a instauração do processo de impedimento do Presidente da República: “A Câmara abre a porta. Ela permite o ingresso. Ela não força para impor o ingresso”. A Câmara dá um aval político para a instauração do processo que será conduzido pelo Senado Federal: “Hoje o Senado é a casa a

⁶³² “O terceiro item que realço refere-se à votação em aberto. Esse é tema delicado, porque põe-se na estreita via conferida à formulação das normas a serem adotadas pela Casa encarregada de tomar a deliberação autorizativa do processamento. E, como de pleno conhecimento, considerando-se ser matéria *interna corporis*, não poderia sobre ela se manifestar este Supremo Tribunal. Essa a delicadeza do tema que se tem, a meu ver, nesse item.

O voto apresentado pelo Ministro Relator, sobre a adoção do voto secreto ou a possibilidade ou necessidade de se adotar o voto aberto, considera que neste tema não poderia atuar o Poder Judiciário.

O que me conduz, entretanto, com as vênias de estilo ao Ministro Fachin, a acompanhar a divergência instaurada, é o entendimento de que esse é tema constitucionalmente cuidado para se dar plena eficácia ao princípio da publicidade, pelo que parece mais consentâneo com a principiologia constitucional a obrigatoriedade de se adotar a votação aberta para se ter o acatamento do sistema fundamental, do que não se poderia afastar o autor daquela norma. Atende a mudança constitucionalmente produzida desde 1988 sistema jurídico que impregna toda a normatividade vigente, incluídas as regras infralegais. Observa o Ministro Barroso que também não se haveria como se manter o modelo de votação secreta em face do precedente acolhido por este Supremo Tribunal em 1992, quando vigente a mesma principiologia constitucional e o regramento das Casas congressuais. Vou acompanhar a divergência também no ponto, sem deixar de atentar à sutileza da competência jurisdicional que, naquele cuidado prudencial a que antes me referi, põe o tema numa linha de cuidado muito exíguo e grave. Mas reconheço válida a argumentação apresentada de não haver como se assegurar que haveria de ser secreta a votação, por faltar, então, um fundamento jurídico voltado especificamente”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶³³ “O último item a que faço referência específica relaciona-se à questão de candidaturas avulsas. Neste momento e sem embargo de me reservar o direito de continuar a estudar o caso, não me comprometendo com a tese de forma definitiva, acompanho a divergência, porque considero que a indicação a ser feita pelos líderes dificulta a possibilidade de se aceitar como seria a sua definição. Acho que a observação do Ministro Toffoli, que alerta ser essa questão que poderia ser rotulada de matéria *interna corporis*, não é sem razão. Entretanto, em algumas ocasiões e talvez essa seja uma delas, como antes acentuei, é tênue o fio a separar o político e o que é extra-muros, digamos, de cada qual dos Poderes. Voto com a divergência, no ponto, considerando que a análise completa dos pedidos feitos indica não haver razões suficientes para deixar desvalia os argumentos apresentados inicialmente pelo Ministro Barroso, o qual, portanto, com as ressalvas ou apesar delas, acompanho.

Assim, Senhor Presidente, fazendo valer as razões rapidamente aqui expostas, acompanho o voto divergente do Ministro Barroso, com as vênias do Ministro Fachin na parte em que dele se afasta aquela conclusão”. Idem, *ibidem*.

quem cabe o processamento e o julgamento do *impeachment*, o que não se faz em duas instâncias, não são dois processos. Então, nessa ótica, entendo que a Câmara apenas autoriza instauração”.⁶³⁴

O voto em análise destacou que a atual Constituição Federal difere da anterior, visto que o afastamento do Presidente da República de suas funções, nas ordens constitucionais pretéritas, era, de fato, efeito da declaração de procedência da acusação, pela Câmara dos Deputados.

Portanto, destacou que de acordo com a Carta Política em vigor, e, ainda, a jurisprudência da Corte referente ao “Caso Collor”, o Presidente só poderá ser afastado após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal.

A Ministra ressaltou que mesmo depois da autorização dada pela Câmara Federal, o Senado não estaria obrigado a receber a denúncia, fazendo um paralelo com o Supremo Tribunal Federal, que não está obrigado a receber a denúncia relativa aos crimes comuns praticados pelo Presidente da República.

Quanto à forma de votação determinada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados para a composição da Comissão Especial, a magistrada afirmou que toda a votação que ocorre na Câmara dos Deputados deve ser aberta, inclusive a deliberação final que autoriza a abertura do processo perante o Senado Federal.⁶³⁵

A Ministra explicou que a Constituição Federal adotou o princípio da publicidade como regra a ser seguida nas ações do Estado, incluindo nelas as decisões tomadas pelos parlamentares, de tal sorte que as votações sempre serão abertas, exceto quando o próprio texto constitucional determinar quais os casos em que a votação seja secreta.⁶³⁶

⁶³⁴ “Nos termos do art. 52, I, da CF, a Câmara dos Deputados, pelo voto de dois terços dos seus membros, autoriza a instauração do processo de *impeachment* contra o Presidente da República. Nos crimes comuns, será o Presidente da República julgado pelo Supremo Tribunal Federal. E, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal, sujeito ao voto de dois terços dos seus membros, em processo conduzido pelo Presidente do STF”.

STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

⁶³⁵ “Entendo que o voto há de ser, em matéria de *impeachment*, aberto. A vida do Estado e a vida no Estado, dos homens e das mulheres públicas, hão de se fazer na mais absoluta transparência. E, no caso, se a deliberação final há de ser um voto aberto, por força da própria CF, com todo o respeito, a constituição da comissão especial, que seria acessório, ela não pode deixar de seguir a sorte do principal”. Voto da Ministra Rosa Weber.

⁶³⁶ “Quanto à questão do voto aberto, anoto brevemente que as palavras de ordinário acompanhadas da qualificação “público” - v.g. administração, cargo, homem - corporificam expressões que remetem não apenas à ideia de governo, democracia, república e Estado, mas, também - e diria eu, principalmente -, à ideia de publicidade, transparência, pertencimento coletivo, ausência do caráter secreto, dentre outros significados afins. A regra, portanto, é a publicidade, a transparência.

7. Comentários ao conteúdo hermenêutico da ADPF nº 378

A decisão que criou o rito do *impeachment* do “Caso Dilma” foi em grande parte inspirada no MS nº 21.564, através do qual o STF regulamentou o “Caso Collor”. Naquela oportunidade foram criadas regras que mudaram a interpretação do texto constitucional de 1988, embora em decisão proferida em *obiter dictum*. No entanto, resta evidenciado que nas duas decisões, (1992 e 2015), esclareceram as dúvidas sobre papéis exercidos pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos casos de julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República.

A interpretação sustentada pela Corte, quando traçou as balizas para o processo de impedimento de Fernando Collor e Dilma Rousseff, modificou em grande parte os ensinamentos da hermenêutica constitucional tradicional.

Esse o vetor constitucional que norteia a vida do e no Estado. O legislador constituinte originário não tergiversou no aspecto. Ao contrário, foi enfático e inflexível ao determinar obediência – no âmbito da administração pública de todas as suas esferas políticas – aos princípios elencados, dentre eles o da publicidade. (...)

Eis as exclusivas hipóteses em que o texto constitucional excepciona o princípio da transparência em matéria de eleição: art. 14 (exercício da soberania popular); 52, III e IV (escolha de autoridades públicas para os cargos que enumera); 52, XI, (a exoneração, de ofício, do Procurador Geral da República antes do término de seu mandato); 98 (escolha, dentre os cidadãos, de juízes de paz); 119 e 120 (composição do Tribunal Superior Eleitora e dos Tribunais Regionais Eleitorais, nas vagas destinadas a tal formato de preenchimento).

Por outro lado, voltando o olhar para a natureza do *impeachment*, a atribuição ao instituto, no direito pátrio, de feição de instrumento constitucional de controle político-administrativo para afastar do cargo público o seu ocupante, por meio de instituições políticas (no caso, Câmara dos Deputados e Senado Federal), com o fim último de proteger o próprio Estado conforta o entendimento exposto. Não é objeto do processo de *impeachment* a pessoa da autoridade, mas, sim, o cargo – independentemente de quem o ocupa –, porquanto se busca em tal processo manter ou retomar a normalidade do governo – a governabilidade –, o bom funcionamento da máquina pública e das instituições do Estado como um todo.

Nessa ambiência, considerando a natureza e a finalidade do processo de *impeachment*, entendo que eventuais aspectos subjetivos e intersubjetivos devam ceder lugar à transparência, ausente fundamento razoável a justificar o voto secreto. A comissão especial de que trata o artigo 19 da Lei n. 1.079/50 deve ser formada por eleição com voto aberto, à luz da Constituição da República, observados o princípio constitucional da transparência e a feição do *impeachment*. Não comungo, *data venia*, com a tese de que o artigo 58, caput, da Constituição Federal, ao preconizar que “o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”, esteja a autorizar o voto secreto no âmbito da comissão especial do art. 19 da Lei n.1.079/50. O reconhecimento da Lei Maior de que as comissões permanentes e temporárias podem ser constituídas “na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação” não constitui carta branca à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal de modo a permitir regimento que extrapole ou contrarie o vórtice constitucional. No preciso aspecto em análise, penso que o reconhecimento constitucional de que o Parlamento pode se organizar da forma que melhor lhe aprouver não comporta autorizativo ao desrespeito à Lei Maior”. STF, ADPF 378, rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17/12/2015, DJE 07/03/2016. Inteiro teor disponível em; www.stf.jus.br, acesso em 07 de ago. de 2016.

José Afonso da Silva leciona que “a atual Constituição reservou à Câmara dos Deputados a admissão do processo, não podendo o Senado emitir juízo de conveniência referente à instauração ou não do processo, porque esse juízo refoge à sua competência”.⁶³⁷

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes leciona: “instaurado o processo pelo Senado este fica vinculado à admissibilidade decidida pela Câmara dos Deputados.”.⁶³⁸

Ives Gandra Martins criticou a decisão proferida pela Suprema Corte quando efetuou a interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam dos crimes de responsabilidade praticados por Presidente da República proferidas na ADPF nº 378, afirmando que ela amesquinhou a Câmara dos Deputados, limitando os seus poderes constitucionais, reduzindo a sua importância política, visto que o juízo de admissibilidade que a atual Constituição lhe reservou para o processo, passou a ser um mero requisito procedimental, afirmando que a decisão proferida pelo STF pode ser entendida nos seguintes termos: “Em primeiro lugar caberá ao Senado Federal julgar a decisão proferida pela Câmara dos Deputados, e, se entender que a Câmara agiu corretamente, julgará o Presidente da República”.⁶³⁹

Ressalte-se que a decisão gerou polêmicas dentro do próprio STF, visto que na sessão de julgamento da ação proposta pelo PC do B, o Ministro Gilmar Mendes se irritou quando proferia o seu voto, argumentando tratar-se de uma “manipulação do processo”, com o escopo de “interferir no processo político” em andamento perante o Parlamento.⁶⁴⁰

A ADPF nº 378 (“Caso Dilma”) definiu com mais profundidade e riqueza de detalhes as regras para o processo de *impeachment* perante as Casas Legislativas, pois, quando enfrentou o Mandado de Segurança nº 21.564 (“Caso Collor”), a decisão foi proferida em *obiter dictum*.

⁶³⁷“Nos processos por crime de responsabilidade o Senado Federal se transforma num tribunal de juízo político, e que não lhe cabe decidir se instaura ou não o processo, pois o texto do art. 86 diz que, admitida a acusação por dois terços da Câmara, será o Presidente submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade, não deixa a este possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo, pois que esse juízo de admissibilidade refoge à sua competência e já fora feito por quem cabia.” SILVA, José A. da. *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 502.

⁶³⁸“Prossegue afirmando que “não haveria sentido em possibilitar-se que, depois de realizado o juízo de admissibilidade por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, o Senado Federal realizasse nova análise, deixando de instaurar o processo, em flagrante usurpação e desrespeito à competência da outra Casa Legislativa”. MORAES, Alexandre de, cit., p. 518.

⁶³⁹ MARTINS, Ives Gandra da S. *Repensando o Supremo*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

⁶⁴⁰ “Se se trata de manipular esse processo, então tá. Assumamos. Mas assumamos que estamos fazendo uma manipulação do processo! Para interferir no processo! Vamos dar cara a tapa, vamos assumir que estamos fazendo isso com endereço certo!” O Poder do Supremo. FERNANDES, Talita. Muito além do impeachment. *Época: O Poder do Supremo*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 915, p. 49, dez 2015.

No julgamento da ADPF nº 378 ficou claro que o Senado Federal não é obrigado a processar e julgar o Presidente da República, mesmo tendo havido a admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados. O Senado não ficará vinculado ao aval positivo da “Casa Baixa”, porque não é hierarquicamente inferior e nem subalterno à Casa que, no nosso sistema legislativo, representa o povo. Pelo contrário, o Senado tem Regimento Interno e atribuições próprias.

No sistema bicameral brasileiro, o Senado Federal possui responsabilidades políticas muito maiores que as atribuídas à Câmara dos Deputados. O artigo 52, III, da Constituição da República, entre outras competências, estabelece que cabe privativamente à Câmara Alta, aprovar a escolha de Ministros dos Tribunais Superiores, Procurador Geral da República, Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Não é sem razão que o legislador constituinte fixou a idade mínima de trinta e cinco anos para o exercício do cargo de Senador, e vinte e um anos para o cargo de Deputado Federal, conforme o disposto no artigo 14, § 3º, VI, “a” e “c”, respectivamente, da Carta Política. A norma constitucional corrobora o entendimento de que o Senado Federal, dentro da federação, desempenha maiores responsabilidades que a Câmara dos Deputados, não estando submisso às suas decisões, mormente quando se trata de um processo que possui consequências tão drásticas para a ordem político-institucional como é o caso do *impeachment*.

Outro argumento que milita em favor da necessidade de redefinição dos papéis das Casas Legislativas, no que concerne ao julgamento dos crimes de responsabilidade, está no fato de que a Lei nº 1.079/50, que traça as regras para o processamento do *impeachment*, ter sido aprovada nos idos de 1950, de acordo com a Constituição de 1946, já revogada. Nesta ordem constitucional, cabia à Câmara dos Deputados “a declaração (...) da procedência ou improcedência da acusação” (art. 59, I). Da declaração já decorria a suspensão do Presidente do exercício de suas funções (art. 88), competindo ao Senado apenas “julgar” o Presidente (art. 62, I). Essa norma foi reproduzida nas Constituições de 1967 e 1969. A expressão processar e julgar era empregada somente para a atuação do Senado quanto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador Geral da República.

A Constituição de 1988 atribui à Câmara dos Deputados o poder de “autorizar”, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente da República.

(Art. 51, I), todavia, o afastamento somente ocorrerá quando o Senado Federal instaurar o processo, (art. 86, §1º, II). Dessa forma, na vigente Constituição de 1988, a Câmara não declara a procedência ou improcedência da acusação, mas tão-somente autoriza a instauração de processo pelo Senado. Essa “autorização” foi definida como simples “condição de procedibilidade”, um mero “juízo político” acerca da viabilidade da acusação.

Esse “juízo político” de conveniência e oportunidade realizado pela Câmara de Deputados revela a necessidade de se analisar se o pedido de impedimento do Presidente da República não é fruto de quizílias políticas, sobretudo porque temos um decadente sistema político que permite a existência de trinta e cinco partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. Esse excesso de agremiações partidárias faz com que o Presidente fique sujeito às “pautas-bombas”, refém do apoio político do parlamento, que a todo o momento pode ameaçá-lo com a abertura do processo de *impeachment*. Esse processo não pode ser utilizado como instrumento de vingança dos candidatos perdedores, que pretendam fazer do processo de impedimento uma espécie de terceiro turno eleitoral, nas palavras do ex-Presidente Fernando Collor.

Portanto, verifica-se que a hermenêutica tradicional defendida por doutrinadores de grande destaque acadêmico, como os que já foram citados neste trabalho, foi profundamente modificada com as duas decisões proferidas no MS nº 21.564 e ADPF nº 378.

Não é razoável interpretar-se que a “autorização” da Câmara dos Deputados implique obrigação da instauração do processo pelo Senado Federal, com o conseqüente afastamento provisório do Presidente das altas funções do maior cargo da República. No atual regime, a única interpretação viável é a que entende que a Câmara dos Deputados não mais funciona como um “tribunal de pronúncia”, mas como órgão que concede ou não uma “condição de procedibilidade” ou “momento pré-processual” para que a acusação possa ser submetida ao crivo do Senado Federal. Ressalte-se, mais uma vez, que a Câmara Alta não está obrigada a instaurar o processo, poderá rejeitá-lo, se entender que a acusação não tem justa causa para o prosseguir.

Um argumento forte que corrobora o entendimento de que a Câmara dos Deputados tem um papel reduzido no processamento do *impeachment*, limitando-se a conceder uma mera autorização ou juízo de procedibilidade, está na simetria formulada com o julgamento dos crimes comuns realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte poderá não receber a denúncia proposta contra o Presidente da República, mesmo depois de sido aprovada pela

Câmara dos Deputados. Entendimento diverso levaria a uma quebra do princípio da separação dos poderes, pois estes são harmônicos, porém, independentes.

Ainda discorrendo sobre o conteúdo da ADPF nº 378 que fixou os contornos do julgamento do “Caso Dilma”, urge ressaltar que o voto vencedor prolatado pelo Ministro Roberto Barroso prestigiou os precedentes judiciais, posto que teve como paradigma o julgamento do “Caso Collor”, MS nº 21.564, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Carlos Velloso. Ao encampar os argumentos constantes do voto proferido no ano de 1992, a Corte Constitucional reconheceu a importância hermenêutica do princípio da segurança jurídica para o nosso sistema constitucional.

Acatar o princípio da segurança jurídica como vetor interpretativo é reconhecer o direito como integridade, que não muda ao saber das conveniências e dos oportunismos políticos. Dworkin condena as decisões ativistas que não respeitam a história da Corte Constitucional, que não reconhecem o valor da jurisprudência consolidada como importante elemento de coerência sistêmica.⁶⁴¹

O julgamento da ADPF nº 378 teve um *plus* em relação ao MS nº 21.564. O STF foi chamado para decidir sobre a possibilidade de criação de candidaturas avulsas para a formação da Comissão Especial do *impeachment*, bem como sobre a forma de votação dessa Comissão. A decisão proferida pela Corte proibiu a formação de candidaturas avulsas e determinou que a eleição da chapa fosse realizada de forma aberta, violando, pois o Regimento Interno da “Casa Baixa”.

O então Presidente da Câmara dos Deputados determinou que a votação da Comissão Especial ocorresse mediante voto secreto, com base no Regimento Interno daquela Casa, que previa de forma expressa que as eleições de Comissão podem ser feita de forma secreta. Ademais, o artigo 58 da Constituição Federal de 1988 determina que “o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato que resultar sua criação”.

⁶⁴¹ “O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juizes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por Fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (...) A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”. DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, cit., p.451-452.

A Constituição é clara ao dizer que a forma de constituição das Comissões permanentes e temporárias das Casas Legislativas é matéria regimental. Não é a Constituição que deve dizer se a votação para eleição da comissão deve ser aberta ou secreta. É o Regimento Interno das Casas Legislativas que deve fazê-lo.

O que diz o Regimento Interno da Câmara dos Deputados? Esse regramento determina no seu artigo 188, III, que caberá votação secreta “para eleição do Presidente e demais membros da Câmara que irão compor a Comissão Representativa do Congresso Nacional e dos dois cidadãos que irão integrar o Conselho da República e nas “demais eleições”. Logo, conclui-se que a votação para a Comissão do *impeachment* está incluída na expressão “demais eleições”. Portanto, a eleição para a respectivo Comissão poderia ser feita por votação secreta.

A possibilidade de votação secreta não é proibida pela ordem constitucional, estando expressamente prevista no artigo 52, III, da Constituição Federal de 1988, a qual elenca várias situações em que a votação parlamentar deve ser secreta. Dessa forma, a alegação de que a votação em comento deveria ser ostensiva viola matéria *interna corporis*, portanto, fere o princípio da separação dos poderes, por representar ingerência indevida do Poder Judiciário sobre matéria destinada à auto-organização dos Poderes da República.

O voto do Ministro Barroso influenciou os demais colegas da Corte, afirmando que a votação secreta estava baseada na vontade exclusiva do Sr. Eduardo Cunha, fazendo com que a maioria dos Ministros deliberassem pela mudança na forma de votação, que passou a ser ostensiva, em flagrante desrespeito à Constituição Federal e ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Desta forma a possibilidade de criação de candidaturas avulsas foi rejeitada pelo STF, que determinou que houvesse chapa única para a criação da citada Comissão Especial. O Ministro Roberto Barroso deixou consignado o seu entendimento de que a palavra “eleição”, prevista na Lei nº 1.079/50, deve ser entendida como sinônima de “escolha”.

O Ministro Celso de Mello não comunga da interpretação do Ministro Roberto Barroso defendendo a possibilidade de haver votação fechada e chapa avulsa, no julgamento de processo de *impeachment* de Presidente da República.

Em outra época a questão foi analisada pelo STF, no julgamento do MS nº 20.509, tendo a Corte afirmado que a instituição não deveria invadir matéria determinada a questões que são próprias dos Regimentos Internos das Casas Legislativas, ou seja, não deve regar sobre matéria *interna corporis* do Poder Legislativo.

Temos como exemplo o MS nº 20.509/DF, contra deliberações do Presidente da Câmara dos Deputados relativas à composição de comissões e à distribuição de tempo para comunicações em Plenário, em que se decidiu, seguindo o voto do relator, Ministro Octávio Gallotti, que seriam tais atos *interna corporis*, proferidos nos limites da competência da autoridade dada como coatora, com eficácia interna, ligados à continuidade e disciplina dos trabalhos, sem que se alegue preterição de formalidade, atacando-se, ao invés, o mérito da interpretação do regimento, matéria em cujo exame não cabe ao Judiciário ingressar.⁶⁴²

Destarte, resta claro que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, invalidou a eleição da comissão do *impeachment*, desconsiderando a existência de norma *interna corporis* daquele Poder, ignorando propositalmente a existência do artigo 188, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que estabelecia que a votação dos nomes dos membros da Comissão Especial seria secreta.

Note-se que não se tratava de deliberação de lei ou de ato normativo a ser aprovado, e nem do julgamento final do processo de impedimento da ex-Presidente Dilma Rousseff, mas somente da composição da Comissão Especial que iria elaborar o parecer pelo acolhimento ou não do processo na Câmara dos Deputados.

A eleição de membros para a composição de Mesa Diretora, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou qualquer outra Comissão é matéria de competência exclusiva do Legislativo. Ora, a Comissão que iria fazer a análise da viabilidade do *impeachment* perante a “Casa Baixa” estava albergada pelo seu próprio Regimento Interno, sendo a matéria destinada à auto-organização interna dos órgãos legislativos, a qual era compatível com a Constituição e com as leis infraconstitucionais.

Em outro ponto da votação da ADPF nº 378, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não seria cabível a existência de candidaturas avulsas, mas tão-somente de candidatos indicados pelos líderes partidários.⁶⁴³ Com essa decisão a Corte deliberou que a existência de

⁶⁴² QUEIROZ FILHO, Gilvan C. O controle judicial de atos do Poder Legislativo atos políticos e *interna corporis*, cit. p. 101.

⁶⁴³ “Não há como acolher o pedido incidental da parte autora no sentido de “*garantir que os partidos políticos indiquem, por meio de seus líderes, os integrantes da comissão especial*”. Isso porque a escolha de membros dessa comissão deve respeitar os preceitos constitucionais e legais, especialmente o sufrágio e a participação de todos os partidos. No caso, seja a indicação feita por líderes a ser submetida à votação perante o Plenário da Câmara dos Deputados, seja a concorrência entre chapas oficial e avulsa, ambas as formas satisfazem os critérios formativos da comissão. Demais disso, não há prejuízo significativo à defesa do imputado de crime de

chapa única é mais democrática do que a existência de várias chapas para a Comissão Especial do *impeachment*. Ora, eleição sem concorrente não é eleição, não é disputa, é simplesmente homologação de chapa imposta pelos líderes partidários.

Ao se manifestar na ADPF nº 378, o Ministério Público Federal chamou a atenção para o fato de a Corte não poder ingressar em matéria da competência exclusiva da auto-organização de outro Poder, assumindo uma posição de autocontenção, aduzindo não ser possível regrar totalmente o processo de impedimento, notadamente em situações que invadissem a competência de matérias reservadas ao Regimento Interno das Casas do Congresso, porque se assim o fizesse, estaria interferindo em matéria reservada ao Parlamento.⁶⁴⁴

Não há precedentes no Parlamento brasileiro de eleição de chapa única, sempre o Parlamento teve suas disputas políticas realizadas com pelo menos duas chapas concorrendo para a formação das comissões ou qualquer cargo ou função eletiva. Quanto mais candidatos e chapas concorrendo para a formação das comissões, mais democrático é o procedimento porque amplia a disputa.

O julgamento da ADPF nº 378 trouxe uma discussão que não é nova, mas que sempre retorna ao debate público, acerca da função política das Cortes Constitucionais. A questão

responsabilidade, visto que a vitória de uma ou de outra chapa não possui potencial de afronta direta à representatividade partidária de toda a base governista ou oposicionista. Aliás, o trabalho da comissão especial é essencialmente instrutório e opinativo, tendo em conta que as decisões políticas de deliberar sobre a denúncia e de autorizar a instauração do processo estão reservadas ao Plenário da Câmara dos Deputados, por força da Lei 1.079/50. Assim sendo, não cabe ao Poder Judiciário, mesmo em sede de jurisdição constitucional, tolher uma opção legitimamente feita pela Câmara dos Deputados no pleno exercício de uma liberdade política que lhe é conferida pela ordem constitucional, na medida em que o art. 58, §1º, da Constituição da República de 1988, assim prevê: “ *Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa* ” (grifos nossos) .

⁶⁴⁴Neste caso, pretende o arguente, por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição, obter do Supremo Tribunal Federal criação de regras de processamento não previstas na Lei 1.079/1950, com o argumento de adequá-las a mandamentos constitucionais. É certo que o direito de defesa deve ser assegurado aos acusados em geral, mas não a ponto de investir o Judiciário na anômala função de estatuir, de forma geral e abstrata, novo modelo de processamento do Presidente da República pela prática de crimes de Responsabilidade, em processo de impedimento. O Supremo Tribunal não admite o manejo de interpretação conforme a Constituição para alterar sentido inequívoco de norma, a fim de estendê-la a situações por ela não abarcadas, pois atuaria o Judiciário na condição de legislador positivo, em desrespeito ao princípio da divisão funcional de poder, inscrito no art. 2º da Constituição da República (...). Os pedidos cautelares de interpretação conforme a Constituição deduzidos nos itens “a”, “d”, “f”, “j” e “k” da petição inicial, por objetivarem criação de fases no processo de impedimento não previstas na Lei 1.079/50 nem no regimento interno das casas do Congresso Nacional, não podem ser conhecidos, sob pena de ingerência indevida do Judiciário em matéria constitucionalmente reservada ao Parlamento. Parecer do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/Janot+diz+que+Judiciario+nao+pode+disciplinar+de+maneira+abstrata>. Acesso em 07 de jun. 2016.

está aparentemente superada porque as normas constitucionais possuem uma natureza política.

Bachof não se opõe à ideia de que o juiz constitucional tome suas decisões considerando valorações políticas, mas que “somente pode ter em conta estas consequências dentro do marco das possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico”.⁶⁴⁵

O sociólogo Werneck Vianna, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, destacou o caráter inusitado da decisão proferida na ADPF nº 378 afirmando que o Supremo Tribunal Federal atravessou o Rubicão, ao criar um rito novo para o processo de impedimento da ex-Presidente da República, desrespeitando o poder que representa a soberania popular, fomentando o “governo dos juízes”, prolatando uma decisão que não observou os marcos teóricos da atualidade - sobretudo Dworkin - no que diz respeito ao sensível tema da criação do direito pelas Cortes Constitucionais, que tem sido denominado de “ativismo judicial”, concluindo que o Poder Judiciário age sem limites, numa patológica judicialização da política.⁶⁴⁶

Acerca da questão suscitada por Werneck Vianna, sobre a problemática da judicialização da política e o ativismo judicial, mister se faz uma diferenciação entre os dois fenômenos, eis que não são conceitos sinônimos.

Na judicialização da política, os Poderes Legislativo e Executivo transferem algumas de suas decisões, de cunho político, para o Poder Judiciário, o qual atua no sentido de definir normas de comportamento a serem adotadas pelos outros Poderes e deslindar conflitos.

Roberto Barroso entende que a judicialização e o ativismo judicial são primos, mas não têm as mesmas origens.⁶⁴⁷ O ativismo está relacionado a uma atitude concretizadora de

⁶⁴⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985, p.139.

⁶⁴⁶“Com sua intervenção sobre os ritos a serem obedecidos no processo de tramitação do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal atravessou o Rubicão, passando por cima do voto do relator, Edson Fachin, e fez ouvidos moucos à veemência com que o ministro Dias Toffoli sustentava não passar dos limites, que o Poder Judiciário deveria reservar-se diante dos atos emanados do Poder que representa a soberania popular – dois ministros a que não se podem atribuir posições adversas ao governo e a seus dirigentes. Finda a votação, um país perplexo pôde constatar que mais um passo tinha sido dado em direção a um governo de juízes – às favas os escrúpulos com as obras de categoria agora elevada ao status de um pontificado laico, com a confirmação de que não há mais limites para a patológica judicialização da política reinante entre nós”. VIANNA, Luiz W. *Não há limites para a patológica judicialização da política*, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 01 jun. 2016.

⁶⁴⁷“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são geradas, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo

valores e fins constitucionais, a fim de satisfazer os reclamos de uma sociedade de alta complexidade, visto que os fatos andam sempre em descompasso com a lei, levando as pessoas a buscarem a proteção do Poder Judiciário para a tutela de muitos direitos que não são acolhidos pelo legislador ordinário.⁶⁴⁸

A decisão do Supremo Tribunal Federal que interferiu em matéria da competência exclusiva da Câmara dos Deputados – no que diz respeito à formação da Comissão Especial do *Impeachment* - demonstra que o Poder Judiciário tem agido como Poder Moderador,⁶⁴⁹ reafirmando sua missão constitucional concretizadora de direitos. Entretanto, há alguns juristas que negam essa finalidade das Cortes Constitucionais.

Para o jurista espanhol Francisco Rubio Llorente, um dos problemas enfrentados atualmente pelas Cortes Constitucionais tem sido agir como “Terceira Câmara” Legislativa,⁶⁵⁰ por meio de decisões que vão muito além do poder-dever de interpretação/ aplicação das leis, facultando que àqueles que não têm votos no Congresso, buscarem soluções para as questões políticas perante a Corte Suprema.

judicial é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”. BARROSO, Luis R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de dezembro de 2008.

⁶⁴⁸ O sistema jurídico funciona como elemento importante na estabilização das expectativas normativas, na linguagem de Nicklas Luhmann. Diante de uma sociedade complexa, o direito, ao dar respostas às demandas judiciais que diariamente se avolumam em todos os tribunais do país, opera como redutor de complexidades. Vemos um processo de judicialização de conflitos em todas as classes sociais, visto que a sociedade se tornou insegura e complexa, com a modificação e de valores familiares, religiosos, humanos. Por outro lado, o Estado-administração não se mostra capaz de cumprir políticas públicas de saúde, educação, moradia, segurança pública. Assim, é cada vez mais frequente o ingresso de ações que visem a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O Poder Judiciário não pode quedar-se inerte em casos urgentes como o de saúde, onde há pessoas portadoras de enfermidades, e o Estado não dá condições de tratamento para os cidadãos. Então estes têm no Poder Judiciário a última esperança para a garantia de seus direitos. Tal fato faz com que o Estado tenha que se imiscuir nas competências de outros poderes criando, através de suas decisões, aquilo que a doutrina denomina de ativismo judicial. Assim, vemos que o Poder Judiciário vai se tornando onipotente, tendo em vista que os outros poderes do Estado não cumprem seu papel constitucionalmente determinado. Portanto, não há mais como se admitir a ideia original dos federalistas americanos de que o Poder Judiciário é o mais fraco dos poderes. Basta analisarmos as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal para concluirmos que temos um Poder Judiciário forte, independente e moderno. É certo que algumas vezes toma decisões com base em argumentos consequencialistas, com o escopo de fazer a manutenção do sistema político e econômico.

⁶⁴⁹ O Poder Moderador era exercido pelo Imperador, como Chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que incessantemente cuidasse da manutenção, independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes políticos. O Poder Moderador poderia intervir nas funções típicas dos outros três Poderes para garantir “a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia, tudo a cargo do Imperador.

⁶⁵⁰ LLORENTE, Francisco R. Los males del Tribunal Constitucional. *El País*. Madrid, 10 de agosto de 2012.

Este trabalho não nega que o direito a todo tempo articula com a política, e que não existe total autonomia entre os dois ramos dos saberes,⁶⁵¹ pois as leis são feitas pelo Poder Legislativo e depois são aplicadas às questões políticas.

O Supremo Tribunal Federal já tomou várias decisões que demonstram uma interface com a política, tais como: perda do mandato por parte de parlamentar que muda de partido político, fixação do número de vereadores, intensificação do controle das Comissões Parlamentares de Inquéritos e a regulamentação do direito de greve de servidores públicos.

Todavia, a decisão em comento é criticável por ter invadido a competência da Câmara dos Deputados para modificar a forma de votação e criação da Comissão do *impeachment* de Dilma Rousseff, violando o princípio da separação dos poderes. Este tipo de decisão sem qualquer razoabilidade jurídica demonstra que a Suprema Corte deveria assumir a função de intérprete maior da Constituição, e não o papel de legislador constituinte.

Aos juízes constitucionais está reservada a missão de realizar uma interpretação/aplicação criativa e atualizadora do texto constitucional, quando for o caso de concretizar novos direitos fundamentais negados pelo legislador.

A interpretação/aplicação do direito que se diz atualizadora do texto, mas que na verdade tem o propósito de modificar substancialmente a estrutura da Constituição, no que diz respeito a matérias da competência exclusiva do Poder Legislativo, é prejudicial para o presidencialismo, verdadeira “fraude constitucional”. Este é o entendimento do constitucionalista André Ramos Tavares.⁶⁵²

Concomitantemente, tem-se uma permanente revisitação constitucional por parte dos operadores do Direito, para emprestar a esse documento significados mais adequados à evolução social, às inovações tecnológicas a aos novos desafios mundiais. Não se trata, aqui, de exercer uma crítica ao Direito, mas de movimentar-se dentro do Direito, em seus espaços abertamente positivados. Vislumbra-se aqui o que se denomina comumente como *living constitution*, impedindo-se o obsoletismo do texto elaborado em contexto histórico diverso, em certas temáticas, profundamente diverso. Esses dois aspectos podem acabar por animar o intérprete atual a um movimento que, efetivamente, não lhe cabe, sob pena de frustrar o modelo presidencialista e cometer-se verdadeira fraude constitucional. A conhecida

⁶⁵¹ “Se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados, ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza”. FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law Review, 2005, p. 267-269.

⁶⁵² TAVARES, André R., cit., p.1065.

mutação constitucional encontra limites severos no tema “separação de poderes’. Se em âmbito de direitos fundamentais é preciosa a leitura atualizada, ensejadora de uma amplitude inicialmente não cogitada para os direitos, geralmente operada pelo Poder Judiciário, esse raciocínio é incompatível com as questões estruturais dos Poderes, para reduzir ou ampliar o espectro de cada um dos poderes da República.

Inocência Coelho afirma que um dos critérios para que se possa conferir a legitimidade da atividade hermenêutica é a *consciência jurídica geral* e o devido processo legal porque, à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito.⁶⁵³

O modelo interpretativo que não é aprovado pelo teste da “consciência jurídica geral”, não possui legitimidade hermenêutica, pois não passa de uma exegese artificial da Constituição.

Ao analisar os fundamentos retóricos de racionalidade, contidos na ADPF nº 378, conclui-se que este julgamento violou matéria *interna corporis* da competência da Câmara dos Deputados, valendo-se destacar a frase emblemática atribuída ao Ministro Orozimbo Nonato, o qual afirmou que o Supremo Tribunal Federal só é supremo em questões da sua própria competência.⁶⁵⁴

8. O “fatiamento” dos quesitos do *impeachment* de Dilma Rousseff

A sessão de julgamento da ex-Presidente Dilma Rousseff foi histórica não só pelo fato de ter sido deposta do cargo a primeira mulher eleita Presidente da República do Brasil, mas

⁶⁵³ COELHO, Inocência M. *Interpretação Constitucional*, cit., p. 26.

⁶⁵⁴“O Supremo Tribunal só é supremo, nas questões de sua competência. Não é poder limitador, moderador ou previsor. E deve não vulnerar, senão guardar, a todo poder que possa, o princípio supremo da divisão e harmonia dos poderes. Princípio supremo e às vezes de difícil prevalência. As democracias vivem belamente, mas perigosamente. Seu equilíbrio depende da harmonia e da expansão normal dos poderes, tantas vezes irresistíveis às tentações de abusos e hipertrofias. O jogo delicado dos freios e contrapesos só nas democracias se mantém em equilíbrio e primor”. NONATO, Orozimbo, *apud* COSTA, Edgar, cit., p. 415.

também por uma manobra jurídica arquitetada pelo Senador Renan Calheiros e pelo Partido dos Trabalhadores.

Segundo o rito previamente acordado para a sessão de julgamento do *impeachment* no Senado Federal como Órgão Judiciário, em reunião entre as lideranças políticas do Congresso Nacional, juntamente com o Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 17 de agosto de 2016, ficou decidido que os Senadores iriam votar apenas uma vez, respondendo a seguinte pergunta:

Cometeu a acusada, a Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, os crimes de responsabilidade correspondentes à tomada de empréstimos junto à instituição financeira controlada pela União e à abertura sem autorização do Congresso Nacional, que lhe são imputados e deve ser condenada à perda do seu cargo, ficando, em consequência, inabilitada para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de oito anos.

Em outro ponto do roteiro para a sessão de julgamento ficou consignado que:

Os Senadores que entenderem que a acusada deve ser condenada à perda do cargo e à inabilitação, pelos crimes de responsabilidade que lhe são imputados, responderão “SIM”; os que entenderem que deve ser absolvida, responderão “NÃO”. Destaquei.⁶⁵⁵

Pelo conteúdo da pergunta acordada entre os parlamentares, não havia possibilidade de “fatiamento” do artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal. Se a Presidente fosse considerada culpada, receberia as duas punições estipuladas pela Constituição, a saber: a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo período de oito anos.

No entanto, no meio da sessão de julgamento, o acordo previamente estabelecido foi descumprido por decisão do Ministro Presidente do processo de *impeachment* perante o Senado Federal.

Isso ocorreu porque o Partido dos Trabalhadores, representado pelo Senador Humberto Costa, formulou um requerimento ao Presidente do Supremo Tribunal Federal,

⁶⁵⁵ Roteiro para a sessão de julgamento. Disponível em <http://www.senadofederal@org.br>. Acesso em 30 de ago. de 2016.

pedindo que o julgamento fosse dividido em duas etapas. Os autores do pedido sustentaram que a divisão do julgamento estava fundamentada na tese de que a perda do cargo e a inabilitação constituem-se em penas autônomas, pelo que seriam necessárias duas votações.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, que presidiu o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, aceitou o requerimento, no sentido de que fossem formulados os dois quesitos propostos, a fim de que os Juízes de fato - os Senadores - respondessem no momento da votação final do processo de impedimento da ex-Presidente. Através de um longo exercício retórico de interpretação, o Ministro Lewandowski concordou em desmembrar o julgamento.

Na primeira parte foi feita a pergunta relativa à prática dos crimes de responsabilidade apontados na denúncia; e, na segunda pergunta, foi formulada questão sobre a aplicação da pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos.⁶⁵⁶ Com esta separação dos quesitos formulados na sessão de julgamento de *impeachment* no Senado Federal, alguns Senadores mudaram o voto que deram na primeira pergunta.

Na primeira votação, os Senadores entenderam que a ex-Presidente praticou crimes de responsabilidade, condenando-a à perda do cargo de Presidente da República. Na segunda votação os Senadores entenderam que a ex-Presidente não deveria ficar inabilitada para o exercício de funções públicas pelo período de oito anos, em completa subversão da ordem constitucional.

Ocorreu, então, o fenômeno do voto com dupla personalidade. Dilma Rousseff foi deposta por 61 votos a 20.⁶⁵⁷ Na segunda votação, apenas 42 senadores votaram a favor da

⁶⁵⁶ A inabilitação para o exercício de quaisquer funções públicas implica na proibição de exercer cargos públicos efetivos, cargos comissionados, empregos públicos, funções de confiança, e, obviamente, cargos decorrentes de mandatos eletivos. Todavia, essa inabilitação não se confunde com a suspensão dos direitos políticos. A pessoa que recebeu a sanção de inabilitação para o exercício de funções públicas fica com sua capacidade eleitoral passiva suspensa, ou seja, ela não poderá concorrer às eleições, já que não poderá ocupar o cargo, se vencer o pleito. Porém, pode continuar votando. A inabilitação suspende os direitos políticos passivos do condenado, mas não seus direitos políticos ativos.

⁶⁵⁷ A sentença assinada pelo Ministro Ricardo Lewandowski teve o seguinte dispositivo: “O Senado Federal entendeu que a Senhora Presidente da República DILMA VANA ROUSSEFF cometeu os crimes de responsabilidade consistentes em contratar operações de crédito com instituições financeiras controlada pela União e editar decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional previstos nos art. 85, inciso VI, e art. 167, inciso V, da Constituição Federal, bem como no art. 10, itens 4, 6 e 7, e art. 11, itens 2 e 3, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, por 61 votos, havendo sido registrados 20 votos contrários e nenhuma abstenção, ficando assim a acusada condenada à perda do cargo de Presidente da República Federativa do Brasil. Em votação subsequente o Senado decidiu afastar a pena de inabilitação para o exercício de cargo público, em virtude de não se haver obtido nesta votação 2/3 dos votos constitucionalmente previstos, tendo-se verificado 42 votos favoráveis à aplicação da pena, 36 contrários e três abstenções”.

inabilitação da condenada para o exercício de cargos públicos – 12 votos abaixo do mínimo necessário.

Com isso, os Senadores votaram no sentido de não aplicar a segunda sanção prevista constitucionalmente. Para que a ex-Presidente fosse condenada à pena de inabilitação para o exercício de função pública, seriam necessários dois terços dos votos dos Senadores, ou seja, 54 votos favoráveis.

O Ministro Lewandowski,⁶⁵⁸ no momento da votação, disse que não estava exercendo o ofício de Juiz Constitucional, mas, tão-somente, Presidente do “Alto Tribunal Político” que estava realizado o processo de impedimento em curso, e, nesta condição, era responsável apenas pela análise das leis procedimentais.

Esse entendimento do Ministro encontra amparo em Aurelino Leal⁶⁵⁹, o qual leciona que cabe ao Presidente do Supremo Tribunal, como Presidente do processo de *impeachment*, resolver as questões concernentes ao processo, habilitando o Tribunal a bem decidir. No entanto, a questão de fundo constitucional não é uma questão meramente procedimental, e o Presidente da Suprema Corte não poderia permitir o “fatiamento”, porque na qualidade de Chefe da Corte Constitucional, que tem o dever de guardar e velar pelo cumprimento da Constituição da República, não pode chancelar uma interpretação que viole gravemente o texto explícito da norma fundamental.

Em razão desse argumento, aceitou o pedido de “destaque” proposto pelo Partido dos Trabalhadores, a fim de proceder ao “fatiamento” do julgamento, dando uma interpretação no sentido de que o Regimento Interno do Senado Federal poderia ser aplicado ao julgamento do *impeachment* de Dilma Rousseff. Com tal decisão o Ministro entendeu que o citado Regimento do Senado Federal tem maior força hierárquica do que a atual Constituição Federal. O Presidente do Supremo Tribunal Federal equiparou o julgamento do *impeachment* à análise de uma proposição ordinária, passível de ser emendada. Com essa decisão, aplicou-se o artigo 312 do Regimento Interno do Senado Federal, que faculta aos partidos requererem

658 Lewandowski assistiu aos embates irritado, atônito e desanimado (...). Estava submetido a uma situação inédita na carreira, proporcionada pelo rito do impeachment, pelo qual o presidente do Poder Judiciário tem de presidir sessões do Legislativo. São mundos diferentes. O Judiciário, com sua sisudez e formalidade, é o ambiente de embates menos abertos; o Legislativo é o ambiente onde a prática democrática da defesa de ideias é exercida ao extremo, muitas vezes com insensatez, imaturidade ou deselegância. COSTA, A C.; B. B. R., A. Um julgamento ao modo da política. *ÉPOCA. O último Ato*. São Paulo: Editora Globo. Nº 950, p. 41, ago. 2016.

659 LEAL, Aurelino. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. 1ª Parte. São Paulo: Editora F Briguiet Cia, 1925, p. 473-474.

destaques de trechos de proposições submetidas à deliberação dos Senadores para que sejam votadas separadamente.

No entanto, o artigo 52, I, e parágrafo único, da Constituição Federal não comporta esta possibilidade, pois de forma clara e sem qualquer ambiguidade dispõe que:

I – processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

(...)

Parágrafo único. Nos casos previstos no incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

De simples análise do parágrafo único, do artigo 52 do texto constitucional ressaí que a Constituição Federal foi violada pelo Senado Federal, com a aquiescência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que presidia os trabalhos.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal manifestaram surpresa com a decisão do Senado Federal. Para o Ministro Celso de Mello, uma coisa (inabilitação) “é efeito natural” da outra (perda do mandato), e não haveria possibilidade de votação autônoma. Para o Ministro Gilmar Mendes, a solução “foi bizarra e não passa nem no jardim de infância do direito constitucional”.⁶⁶⁰

Portanto, a decisão do Senado de “fatiar” a votação é inconstitucional, por violar texto expresso da Carta Magna, bem como por violar o sistema constitucional, que é baseado nos princípios da hierarquia das leis e verticalidade das leis, e da compatibilidade de todo o sistema jurídico com a Constituição Federal, a qual se encontra no topo do sistema jurídico, por ser a lei fundante do Estado Constitucional de Direito.

Essa decisão de “fatiar” o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal atenta contra o princípio da “força normativa da Constituição”,⁶⁶¹ no que concerne à falta de respeito

⁶⁶⁰ CANTANHÊDE, Eliane. *STF, entre a lei e a política*. O Estado de São Paulo. Ano 137, nº 44880. Ed. 21H40. p. A6, 02 set. 2016.

⁶⁶¹ “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no

e dever geral de obediência ao texto fundamental que garante o Estado Democrático de Direito. Além do mais reduz a sua eficácia para “normatizar” os casos concretos, no sentido de que deverá ter uma interpretação de acordo com as momentâneas conveniências e oportunidades políticas.

Os doutrinadores do direito constitucional – Gilmar Mendes e Michel Temer, asseveram que não é possível cindir as penas impostas na Constituição para aqueles que cometem crimes de responsabilidade.

O primeiro leciona que:

No caso do Presidente da República, os crimes de responsabilidade caracterizam-se como infrações político-administrativas que dão ensejo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos (CF, art. 52, parágrafo único).⁶⁶²

Michel Temer também se manifesta de modo contrário à separação dos quesitos referentes à penalidade decorrente do artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.

O art. 52, parágrafo único, fixa duas penas: a) perda do cargo; e b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. A inabilitação para o exercício de função pública não decorre da perda do cargo, como à primeira leitura pode parecer. Decorre da própria responsabilização. Não é pena acessória. É, ao lado da perda do cargo, pena principal. O objetivo foi o de impedir o prosseguimento no exercício das funções (perda do cargo) e o impedimento do exercício – já agora não das funções daquele cargo de que foi afastado, mas de qualquer função pública, por um prazo determinado. Essa a consequência para quem descumpriu deveres constitucionalmente fixados.

Assim, porque responsabilizado, o Presidente não só perde o cargo, como deve afastar-se da vida pública, durante oito anos, para ‘corrigir-se’, e só então pode a ela retornar.⁶⁶³

contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991. p.16.

⁶⁶² MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 969.

⁶⁶³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 169.

O Senado entendeu que a inabilitação para a função pública pelo período de oito anos é pena meramente acessória, na esteira da Lei nº 1.079/50, que neste particular, não foi recepcionada pela Constituição vigente, bem como outros artigos questionados pela ADPF nº 378.

A decisão proferida no julgamento da ex-Presidente Dilma Rousseff entra em rota de colisão com a chamada lei da “Ficha Limpa”, eis que os ocupantes de cargos políticos eletivos, se cassados, além da perda do cargo, ficam inelegíveis pelo prazo de oito anos. O escopo da lei é proteger a probidade da Administração Pública.

Com efeito, a interpretação que permitiu o “fatiamento” dos quesitos apresentados em plenário de julgamento é contraditória, visto que permite que um ocupante do maior cargo político da nação, qual seja, o Presidente da República, ao cometer um atentado contra a Constituição Federal, possa escapar da condenação da inabilitação para o exercício de função pública, podendo voltar a exercer outro cargo eletivo distinto da Presidência da República, caso consiga êxito nas eleições vindouras.

O Presidente da República é o único posto cuja cassação não prevê enquadramento na lei da “Ficha Limpa”. Nos demais cargos, a cassação implica enquadramento na citada lei, e o político cassado fica inelegível. Portanto, qualquer político que esteja enquadrado nos termos da lei da “Ficha Limpa” não terá sucesso se tentar usar o “fatiamento” da votação no Senado Federal ao seu favor.⁶⁶⁴

A decisão proferida pelo Senado Federal, que em caso de *impeachment* funciona como Alto Tribunal, não respeitou o direito como integridade⁶⁶⁵ porque permite a aplicação de “dois

⁶⁶⁴De acordo com a Lei Complementar nº 64/90, a inelegibilidade é um efeito automático da perda do mandato. Art. 1º São Inelegíveis: I- Para qualquer cargo: b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura.

⁶⁶⁵ “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) Em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura

pesos e duas medidas”, em face de situações que são assemelhadas, pois a lei deve ser aplicada de forma igual para todos. A consequência prática da decisão do “Caso Dilma” é a seguinte: ela teve seus direitos políticos preservados, podendo disputar eleições a qualquer cargo, pois não é considerada “ficha-suja”. Poderá, ainda, prestar concursos públicos e ser nomeada ministra, lotada em uma secretaria estadual ou municipal, bem como indicada como professora de universidade pública, além de ocupar cargos de confiança.

Geraldo Brindeiro defende que a sanção constitucional do *impeachment* é inerente à responsabilidade política do Presidente pelos atos atentatórios à Constituição e às leis do país. O que implica não apenas a perda do cargo, mas, também a decretação da pena de inabilitação temporária para o exercício de função pública, pois na verdade, foi julgado irresponsável e incapaz de exercer o cargo de Presidente. A decisão do “fatiamento” do artigo constitucional foi incorreta afirmando o autor que: “seria um absoluto contrassenso admitir seu retorno de imediato a mandato eletivo ou a função com dimensão política – como ministro de Estado, secretário de Estado logo após a condenação”.⁶⁶⁶

A citada decisão cria a possibilidade do exercício de cargo público, além do restabelecimento do foro privilegiado se a ex-Presidente for nomeada, por exemplo, para ocupar cargo de Ministra de Estado.

Por outro lado, os condenados pela Lei da “Ficha Limpa” não terão tal possibilidade porque os seus direitos políticos serão suspensos.

Portanto, a decisão do Senado Federal de “fatiar” o julgamento criou privilégios para a ex-Presidente Dilma Rousseff, o qual não se encontra previsto na Constituição da República.

Importante destacar que no “Caso Collor” o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento proferido no MS nº 21.689 de 1993, afirmou que as penas são autônomas, mas isso não significa que elas pudessem ser votadas de forma separadas, conforme a ementa: A existência, no “impeachment” brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (CF, 1988, art. 52, parágrafo único; Lei nº 1.079/50, artigos 2º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública”.

A Suprema Corte sustentou que o fato de o ex-Presidente Fernando Collor ter renunciado não significava que não deveria ser votada a inabilitação. Nesse primeiro caso de

dessa prática, a coerência de princípios que a integridade requer”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. 1999, p. 274.

⁶⁶⁶BRINDEIRO, Geraldo. *A sanção constitucional do impeachment*. Disponível em: www.opinio.estadao.com.br. Acesso em 28 de setembro de 2016.

impeachment ocorrido no Brasil, o renunciante alegou que não tinha mais o cargo de Presidente, por isso não deveria ser feita a quesitação da perda do cargo, pois havia perdido o objeto. Mas o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legalidade da segunda votação acerca da inabilitação para o exercício de função pública pelo período de oito anos.

Fernando Collor sustentou a tese de que a inabilitação seria uma pena acessória em relação à pena principal de perda do cargo. Argumentou, ainda, que não havendo votação da pena de perda do cargo – pois o havia renunciado - não deveria ser formulada a questão da inabilitação, em homenagem ao princípio jurídico de que o acessório segue o seu principal.

Dessa maneira, a votação da inabilitação também estaria prejudicada. Essa observação feita por Fernando Collor tem fundamento no Mandado de Segurança que propôs perante o Supremo Tribunal Federal:

(...) No sistema do direito anterior a Lei 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis n.s 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, par.3.; Lei n. 30, de 1892, art. 2.), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, par. 7.; C.F., 1946, art. 62, par. 3. C.F., 1967, art. 44, parág. único; EC n. 1/69, art. 42, parág. único; C.F., 1988, art. 52, parág. único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 31, 33 e 34). (...).⁶⁶⁷

Foi por essas razões que no Mandado de Segurança acima mencionado afirmou-se que as penas são autônomas, mas são também aplicadas de forma cumulativa.

O precedente do “Caso Collor” foi utilizado de forma inadequada no “Caso Dilma”, quando o Senado decidiu votar de forma separada as penas decorrentes do crime de responsabilidade, porque o fato de serem penas autônomas não significa que são alternativas.

A Constituição prevê penas cumulativas, inseparáveis e não penas alternativas ou acessórias. A preposição “com”, no caso do artigo em comento, que dizer: também, juntamente.

⁶⁶⁷ Supremo Tribunal Federal. MS nº 21.689, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 16/12/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecstfjulgamentohistorico/anexo/ms21689.pdf>. Acesso em 02 jul. 2016.

Essa foi a conclusão do Relator Ministro Carlos Velloso, quando julgou o MS nº 21.689 de 1993, interposto pelo ex-Presidente Fernando Collor, conforme se extrai do excerto abaixo mencionado:

A preposição com, utilizada no parágrafo único do art. 52, acima transcrito, ao contrário do conectivo e, do seu § 3º, do art. 33, da CF/1891, não autoriza a interpretação no sentido de que se tem, apenas, enumeração das penas que poderiam ser aplicadas. Implica, sim, a interpretação no sentido de que ambas as penas deverão ser aplicadas. É que a preposição com opõe-se à preposição sem (v. Caldas Aulete, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, 5ª Ed., 1964, II/856, V/3688).

No sistema da Constituição de 1891, art. 33, § 3º, a mais as normas infraconstitucionais indicadas – Lei nº 27, artigos 23 e 24 – era possível raciocínio no sentido de que apenas a aplicação da pena de perda do cargo podia ocorrer, certo que esta poderia ser agravada com a pena de inabilitação.

No sistema atual, entretanto, isto não é mais possível: ambas as penas deverão ser aplicadas em razão da condenação. Que condenação? A condenação em qualquer dos crimes de responsabilidade que deram causa à instauração do processo de impeachment’.

Com a impetração do Mandado de Segurança acima mencionado, Fernando Collor objetivava a invalidação da sua pena de inabilitação para função pública por oito anos.

O ex-Presidente sustentou que o processo de impedimento estaria prejudicado em razão de sua renúncia. A questão relativa à sanção constitucional foi reconhecida como questão jurídica suscetível de controle judicial pelo Supremo Tribunal, coerente com a sua jurisprudência sobre o mérito do *impeachment*.

O Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que no caso sob julgamento, “ataca-se a sentença definitiva do processo, em princípio imune à apreciação do Judiciário. Mas, não se lhe ataca o mérito”. O Ministro Celso de Mello asseverou que a jurisprudência do Supremo “jamais tolerou que a invocação do caráter político das resoluções tomadas pelas Casas Legislativas pudesse configurar (...) manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, praticados à margem da Constituição”. O Mandado de Segurança foi denegado, por sete votos contrários ao pedido do impetrante e quatro a favor.

O Ministro Carlos Velloso ponderou que “ambas as penas deverão ser aplicadas em razão da condenação”. Para justificar o seu voto citou trecho da monografia da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, a qual discorreu sobre o assunto nos seguintes termos:

(...) a Constituição cuidou de não apenas afastar o agente do cargo (o que não teria exequibilidade com sua anterior renúncia), mas, ainda, preocupou-se em não

permitir que o poder público, por qualquer de suas funções, pudesse vir a ser, pelo período de oito anos subsequentes à condenação, tangível à mão daquele que destratou a República, lesou a ordem jurídica e afrontou o povo do Estado Brasileiro.⁶⁶⁸

No mesmo julgamento do citado Mandado de Segurança, o Ministro Celso de Mello afirmou que:

(...) há uma única sanção constitucionalmente estabelecida, que compreende, na abrangência do seu conteúdo, a destituição do cargo com a inabilitação temporária. A unidade constitucional da sanção prevista torna-a indecomponível, incidível, impedindo, dessa forma, que se dispense tratamento jurídico autônomo às projeções punitivas que dimanam da condenação senatorial.⁶⁶⁹

A razão da dupla sanção decorrente da prática de crimes de responsabilidade previstos no artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, foi bem explicada no voto do Ministro Carlos Velloso, no julgamento do Mandado de Segurança acima mencionado: (...) “a finalidade do processo de *impeachment*, não é apenas retirar o poder daquele que fez mau uso dele, mas também impedir que este mesmo cidadão seja investido de tal poder no futuro”. Por qual razão deve o condenado ficar inabilitado pelo período de oito anos? O Ministro responde: (...) “a finalidade principal do *impeachment* é a defesa do Estado e da sociedade contra os que abusaram do poder oficial, como sempre afirmou a doutrina”.⁶⁷⁰

Lauro Nogueira leciona que o instituto não tem como escopo primordial uma punição, mas sim despejar do poder um mau funcionário, “é processo judicial que visa, acima de tudo, a regularidade, a normalização, a moralização do serviço público”.⁶⁷¹ Essa é a razão de ser da inabilitação como pena não acessória, mas igualmente principal prevista para os casos de *impeachment*, a qual tem por finalidade realizar os mais altos propósitos republicanos, com respeito à Constituição e às leis do país.

Assim, a invocação do “Caso Collor” como paradigma para a decisão do “Caso Dilma” não parece adequada porque no primeiro caso, o ex-Presidente Fernando Collor já havia apresentado a carta de renúncia do mandato presidencial, e, no segundo julgamento, a ex-Presidente não havia renunciado ao cargo. Portanto, não há racionalidade jurídica nem

⁶⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. MS nº 21.689, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 16/12/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecstfjulgamentohistorico/anexo/ms21689.pdf>. Acesso em 02 jul. 2016.

⁶⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, p. 308.

⁶⁷¹ NOGUEIRA, Lauro. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, v. 25, p. 186-187.

com base na Constituição Federal, nem na Lei nº 1.079/50, que justificasse o fatiamento das votações realizado no “Caso Dilma”.

A tática de Dilma Rousseff de não renunciar foi exitosa pelo fato de ter preservado os seus direitos políticos e porque poderá sustentar, para as gerações seguintes, a narrativa de que sofreu um “golpe de Estado”.

Várias ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal objetivando a declaração da nulidade do “fatiamento”, com a consequente imposição da pena de inabilitação por oito anos para o exercício de função pública da ex-Presidente Dilma Rousseff. Argumentam os autores das ações que a citada pena do *impeachment* não é autônoma e nem acessória. Está atrelada à pena de perda do cargo, sendo um consectário lógico determinado pela própria Constituição da República. Portanto, requereram a decretação da nulidade da decisão do Senado Federal. No entanto, até o momento da conclusão dessa tese a Corte Excelsa ainda não realizou o julgamento do referido pedido.

9. Quadro comparativo do *impeachment* de Fernando Collor e de Dilma Rousseff

No “Caso Dilma”, o STF quando julgou a ADPF nº 378, garantiu que Dilma Rousseff tivesse o direito de fazer a sua autodefesa, como última parte do julgamento ocorrido no Senado Federal. Assim, a acusada fez um discurso de 47 minutos e ainda permaneceu na “Casa Alta” por cerca de quatorze horas, respondendo às perguntas dos Senadores. Nesse julgamento, a ex-Presidente solicitou e teve deferido o direito de ouvir mais de quarenta testemunhas durante a fase instrutória do processo de impedimento. Também foi realizada perícia técnica com emissão de laudo sobre os fatos que, em tese, constituem os crimes de responsabilidade apontados na denúncia. O “Caso Dilma” durou o triplo do tempo do “Caso Collor”.

No “Caso Collor”, o STF julgou o MS nº 21.564, garantindo ao ex-Presidente o exercício do seu direito de defesa, eis que o Presidente da Câmara dos Deputados, numa manobra açodada e ilegal, atropelou o Regimento Interno daquela Casa, diminuindo de dez para cinco sessões, o prazo para o exercício do referido direito.

No entanto, Fernando Collor não teve a oportunidade de fazer a sua defesa no Senado Federal. Em 1992, a apresentação da denúncia contra Fernando Collor e a aceitação do processo na Câmara dos Deputados ocorreram no mesmo dia, e após período de dois dias foi instalada a comissão do *impeachment*. O processo movido contra o ex-Presidente não durou mais de quatro meses.

O “Caso Dilma” demorou quase nove meses; o processo da ex-Presidente foi recebido pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Eduardo Cunha, no dia 02 de dezembro de 2015 e o julgamento definitivo no Senado Federal ocorreu no dia 31 de agosto de 2016, ou seja, mais de oito meses depois de sua aceitação.

No “Caso Collor”, o ex-Presidente apresentou uma carta renunciando expressamente ao cargo de Presidente da República, na esperança de preservar seus direitos políticos.

Fernando Collor afirmou que o Senado não “colaborou” com a sua pessoa, pois não acatou o seu pedido de renúncia, tendo decidido prosseguir no julgamento para cassar-lhe os direitos políticos, por entender que as penas previstas pelo artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal (perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública), não podiam ser “fatiadas”.

Isto é, o Senado interpretou na época que ambas as penas eram principais. Não havia uma pena principal - perda do cargo - e outra acessória - inabilitação para o exercício de função pública por oito anos.

Dessa forma, o ex-Presidente Collor, que havia renunciado e propunha a perda de objeto do processo de *impeachment*, foi condenado à inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos.⁶⁷²

⁶⁷² “De acordo com Collor a única semelhança dos processos é a data 1º de setembro, pois em 1992, entidades entraram com representação contra Collor e 25 anos depois juristas denunciaram Dilma Rousseff. Todos os outros fatores tiveram ações diferentes das ocorridas em 1992 e isso está perturbando o ex-presidente. O tempo gasto para discutir e julgar o processo de Collor foi de apenas 4 dias, lembrando que a Constituição era a mesma, o rito era o mesmo, porém as ações foram outras. O processo do impeachment de Dilma durou o triplo do tempo de Collor. Em 92, a apresentação da denúncia contra Collor e a aceitação do processo na Câmara dos Deputados ocorreram no mesmo dia, e após período de dois dias foi instalada a comissão do impeachment. Analisando o processo de Dilma, o tempo foi outro. Em 2015 a denúncia contra ela foi feita em 1º de setembro e apenas depois de 198 dias é que foi instalada a comissão especial. Collor comentou, na publicação, que ele não participou de sua defesa no Senado e Dilma já teve participações, com advogados e Ministros lutando pela sua permanência no cargo. Segundo Collor, os dois processos deveriam ser finalizados na mesma condição, pois está na Constituição e se basearam nas mesmas leis. O Senado acabou reescrevendo a Constituição, distorcendo os fatos e julgando de maneiras diferentes. O Brasil ficou com leis inexistentes e foi criada, pelo Senado, uma grande insegurança na Justiça Brasileira. O ex-presidente ainda ressaltou que ele renunciou e mesmo assim perdeu todos os direitos políticos (ou seja) o Senado não ‘colaborou’ com ele ao entender a sua renúncia. Mas e Dilma? Dilma não renunciou se defendeu de todas as formas e no instante final teve todos os direitos públicos garantidos. Ex-

No “Caso Dilma” houve o “fatiamento dos quesitos”, e a acusada foi condenada à perda do cargo, mas, não recebeu a pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo período de oito anos.

Ademais, o julgamento do “Caso Dilma” foi caracterizado pela realização de várias votações. Duas na Câmara dos Deputados, a primeira para a formação da Comissão Especial e a segunda para a deliberação final que autorizou a abertura do processo de *impeachment* perante o Senado Federal. No Senado Federal foram realizadas mais três votações, a saber: a) a primeira votação por maioria simples ocorreu para o recebimento da denúncia com o afastamento temporário da ex-Presidente; b) a segunda votação por maioria simples para a formação da pronúncia; c) a terceira votação por 2/3 dos votos dos Senadores ocorreu no julgamento final do processo que condenou Dilma Rousseff pelas práticas dos crimes de responsabilidades previstos na lei, tendo como consequência a perda definitiva do cargo de Presidente da República.

Dilma Rousseff teve também direito a manifestações de rua, respaldada pelos sindicatos, representantes dos chamados “movimentos” sociais, como CUT, MST, MTST e UNE, que gritaram em defesa do mandato da ex-Presidente. Além dos movimentos sociais, a ex-Presidente gozava da simpatia de parte da população esclarecida, como jornalistas, professores universitários, acadêmicos, pesquisadores, intelectuais, blogueiros, estudantes, artistas, cineastas e organismos internacionais.⁶⁷³

Até mesmo um tribunal internacional⁶⁷⁴ foi criado para “condenar” o processo de impedimento que eles consideravam como um “golpe de Estado”.⁶⁷⁵ Esse tribunal concluiu

presidente se revolta com o Senado e afirma que o Brasil não tem mais lei”. Acessível em: Site Br.blastingnews.com acesso em 06/09/2016.

⁶⁷³ “A Associação de Estudos Latino-Americanos (Lasa, na sigla em inglês), entidade de pesquisa sobre a América Latina, divulgou a resolução em que denuncia o impeachment da presidente afastada Dilma Rousseff como um processo antidemocrático. A instituição ‘encoraja seus membros a alertar o mundo para o precedente perigoso que este caso cria para toda a região’. ‘A maneira arbitrária e casuística em que o processo de impeachment está sendo realizado contra a presidente Dilma Rousseff constitui um ataque contra a democracia brasileira’, diz a instituição em seu portal. Na consulta realizada a seus dirigentes, 87% votaram a favor da resolução e 13% se posicionaram de forma contrária. Votaram 2.589 membros. Integrantes da Lasa estiveram no Brasil em julho para analisar o processo de impeachment e tiveram encontro com o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. A associação é composta por especialistas de todas as disciplinas dedicados ao estudo da América Latina. Dos sócios, mais de 40% moram nos Estados Unidos”. MUNARI, Carmen. *Associação latino-americana diz que impeachment de Dilma é arbitrário*. Disponível: <http://www.valoreconomico.com.br>. Acesso em 11 ago. 2016.

⁶⁷⁴ Este júri de notáveis foi composto por um corpo de juristas internacionais, a saber: Bispo Raúl Vera, Frei dominicano mexicano, candidato ao Nobel da Paz em 2012. Giovanni Tognoni, Teólogo italiano, membro do Tribunal Permanente dos Povos. Laurence Cohen, Senadora francesa pelo Partido Comunista e presidente do grupo interparlamentar de amizade Brasil-França. María José Fariñas Dulce, Professora de Filosofia do Direito na Universidade Carlos III em Madri. Walter Antillón Montealegre, jurista da Costa Rica. Carlos Augusto Galvez Argote, Professor de Direito Penal da Universidade de Rosario. Alberto Filippi, doutor em filosofia pela

que os “golpes de Estado” não podem ser reduzidos a “revoltas militares” e que “no presidencialismo, diversamente do voto de desconfiança do sistema parlamentar, não se pode afastar um chefe de Estado, por questões exclusivamente políticas, porque o *impeachment* está vinculado a fundamentos jurídicos estritos”.⁶⁷⁶

No “Caso Collor”, ressei que o ex-Presidente pertencia a um pequeno partido, sem expressão política no Congresso Nacional, o que ajudou a sua rápida derrocada da Presidência da República. No “Caso Dilma”, a ex-Presidente pertencia a um dos mais sólidos partidos políticos, pois o Partido dos Trabalhadores – PT possui agremiações em todos os Estados da Federação.

Outra diferença entre os dois processos de *impeachment* ocorridos no Brasil diz respeito à participação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. No “Caso Collor” a OAB manifestou apoio desde o início do processo, pois havia quase um consenso na sociedade a respeito da sua destituição da Presidência da República. No “Caso Dilma” a OAB só manifestou o seu apoio ao processo na undécima hora quando observou que o processo já encontra em fase avançada e que tinha respaldo de grande parte da população.

Os movimentos sociais que ardorosamente defenderam Dilma Rousseff foram ferrenhos apoiadores do *impeachment* de Fernando Collor. Até membros do seu partido político retiraram apoio na hora mais amarga da carreira política do ex-Presidente.

O ex-Presidente e atual Senador da República usou da tribuna do Senado Federal para dizer que a situação de Dilma Rousseff se diferenciava da sua, porque ela teria cometido infrações às normas orçamentárias e fiscais, consideradas pela Constituição como crimes de

Universidade La Sapienza de Roma. Jaime Cárdenas Gracia, Advogado e ex-Deputado Federal pelo Partido Trabalhista. Azadeh Shahshahani, Advogada norte-americana especialista em direitos humanos. BARROCAL, André. O Cerco dos Eventos. *Carta Capital. Os apuros de Temer*. São Paulo: Editora Confiança. Ano XXII, nº 911, p. 20-21, jul. 2016.

⁶⁷⁵“No Rio, um tribunal internacional de notáveis acaba de condenar o *impeachment* como um “golpe de Estado”. Inspirado em uma experiência surgida na Europa nos anos 1960, o julgamento aconteceu no Rio, sob os auspícios de grupos contrários à cassação de Dilma. Ao todo, nove jurados, entre juristas, professores e defensores de direitos humanos, vindo das Américas e da Europa.(...) A sentença condenatória do *impeachment* foi aprovada por unanimidade, algo esperado em razão das credenciais progressistas do júri. Nos discursos, vários jurados adotaram forte tom político, como a francesa Laurence Cohen, senadora pelo Partido Comunista, e a espanhola Maria José Fariñas Dulce, professora de Filosofia do Direito, ambas a citar interesses neoliberais por trás da derrubada de Dilma. Houve também pronunciamentos mais técnicos, casos do advogado Walter Antillón Montealegre, ex-candidato a vice-presidente da Costa Rica, e de Carlos Augusto Argote, ex-magistrado da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, para os quais a imputação de crime de responsabilidade contra Dilma não para em pé”. BARROCAL, André. O Cerco dos Eventos. *Carta Capital. Os apuros de Temer*. São Paulo: Editora Confiança. Ano XXII, nº 911, p. 18-19, jul. 2016.

⁶⁷⁶ Idem, *ibidem*.

responsabilidade, afirmando que: (...) “o governo afastado transformou sua gestão numa tragédia anunciada”.

É o desfecho típico de governo que faz da “cegueira econômica o seu calvário, e da surdez política, o seu cadafalso”. Nesta oportunidade disse que a sua destituição da Presidência da República foi um “golpe”.⁶⁷⁷ Apesar das mágoas Fernando Collor defendeu o instituto do *impeachment*, classificando-o como um “remédio constitucional de urgência” quando o governo, além de cometer crime de responsabilidade, perde as rédeas do comando político do país. “A verdade é que a história brasileira passa a mostrar que a velha política, com suas forças embutidas e seus caminhos tortuosos leva, inescapavelmente, ao uso do *impeachment* como solução de crises. Disso não haveremos de fugir”.⁶⁷⁸

O Senador ainda afirmou que Dilma Rousseff era a única responsável pela sua gestão temerária.⁶⁷⁹ O ex-Presidente negou a existência de “golpe” contra Dilma Rousseff, afirmando que: “O país não vive, como alardeiam setores mais radicais, qualquer clima de golpe. Até porque a nação não suporta mais tal prática”.⁶⁸⁰ E acrescenta: “O povo brasileiro deseja, e tem manifestado seguidamente, é a decência e a firmeza, traduzidas na transparência e probidade no trato da coisa pública”.⁶⁸¹ Ao final concluiu fazendo a comparação do processo de *impeachment* de 1992 com o de 2016, dizendo que: “ontem, senhor presidente, eram inúmeras as simulações. Hoje, inúmeras são as dissimulações”.⁶⁸²

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches, afirmou que o julgamento que presidiu foi muito rápido, enquanto o de Dilma Rousseff, muito demorado.⁶⁸³

Na atualidade, a questão da renúncia proposta por Fernando Collor não teria sentido porque a lei Complementar nº 135/2010 referente às inelegibilidades infraconstitucionais determinou que o Presidente da República fique inelegível se renunciar a seu mandato desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, para as eleições que se realizarem durante

⁶⁷⁷ MATTOS, Marcela. *Collor indica voto pelo impeachment: ‘Tragédia anunciada’*. Disponível em: <http://www.veja.abril.com.br>. Acesso em: 28 set. 2016.

⁶⁷⁸ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁹ Idem, *ibidem*.

⁶⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁶⁸¹ Idem, *ibidem*.

⁶⁸² Idem, *ibidem*.

⁶⁸³ “No caso Collor, dois meses na Câmara dos Deputados e mais dois meses no Senado foram suficientes. Nestes, já se passou mais do que o dobro. Não há, portanto, qualquer aceleração. O roteiro aprovado pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo a Constituição Federal e a Lei do Impeachment foi firmemente respeitada até aqui”. MOURA, Pedro Marcondes de. A tese do golpe chega a ser ofensiva. *ISTO É. PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, p. 42, ago, 2016.

o período remanescente do mandato para o qual foi eleito e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura.⁶⁸⁴

No “Caso Dilma”, esta não renunciou, e o Senado não cassou os seus direitos políticos. Fernando Collor afirmou durante a sessão de julgamento da ex-Presidente que se sentiu injustiçado, e afirmou que “o Brasil não tem lei”.

Todavia, tanto no “Caso Collor”, quanto no “Caso Dilma”, o elemento político predominou sobre o jurídico, pois, no primeiro caso, após a renúncia de Fernando Collor o Senado Federal não poderia prosseguir no julgamento, pois ele não mais era Presidente da República, e, portanto, não poderia ser condenado à pena de inabilitação em razão de não ser titular do cargo. No “Caso Dilma”, o acordo feito entre o PMDB e o PT, impediu que a ex-Presidente recebesse a referida pena de inabilitação para o exercício de funções públicas, próprias de quem foi condenado à perda do cargo de Presidente da República.

O que diferencia o processo político de *impeachment* do “Caso Collor” e do “Caso Dilma” é a maior participação do Supremo Tribunal Federal que criou ritos para o referido processo e a modificação da comissão eleita pela Câmara dos Deputados, intrometendo-se em matéria *interna corporis* do Poder Legislativo.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, declarou que o *impeachment de* Dilma Rousseff foi um “tropeço na democracia”. “Encerra exatamente um ciclo, daqueles aos quais eu me referia, a cada 25, 30 anos no Brasil, nós temos um tropeço na nossa democracia. É lamentável”.⁶⁸⁵

No “Caso Collor” o Presidente do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches não emitiu qualquer declaração em defesa da democracia ou do ex-Presidente após o encerramento do *impeachment* do ano de 1992.

⁶⁸⁴ FERNANDES, Bernardo G., cit., p. 905

⁶⁸⁵ LINDNER, Júlia. *Lewandowski diz que impeachment de Dilma foi um ‘tropeço na democracia’*. Disponível em <http://www.politica.estadao.com.br>. Acesso em 29 set. 2016.

CONCLUSÃO

Ao regulamentar o rito do *impeachment* dos ex-Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o seu papel de intérprete maior da Constituição Federal fixando as regras do jogo democrático.

O procedimento do *impeachment* é matéria submetida a regramento constitucional, dessa forma, não deve haver qualquer tipo de discricionariedade na sua aplicação pelo Parlamento nacional. O direito de defesa do acusado deve ser exercido em toda a sua amplitude, visto que as consequências deste processo são de uma magnitude incalculável não só do ponto de vista político, mas econômico e social.

A presença do Supremo Tribunal no regramento do processo de *impeachment* tem o condão de legitimar o procedimento, máxime se for considerado que posteriormente não poderá ser chamado para adentrar no mérito do processo, pois este compete unicamente ao Senado Federal, que em tais casos se converte em Tribunal Judiciário, recebendo jurisdição da própria Constituição Federal.

Ao analisar o “Caso Collor” a Corte Constitucional deu início à criação de jurisprudência política acerca do processo de *impeachment* quando, em *obter dictum*, efetuou o julgamento do MS nº 21.564, proposto pelo ex-Presidente.

No “Caso Dilma”, a Corte prosseguiu na sua missão concretizadora de direitos estabelecendo as balizas definidas na ADPF nº 378, aplicadas ao recente processo de impedimento da ex-Presidente.

No entanto, a decisão proferida pela Corte no ano de 1992 não gerou polêmica em virtude do tumulto e do clamor popular que se fazia em torno do ex-Presidente alagoano, sobretudo pelos protestos populares realizados pelos “caras pintadas”, estudantes secundaristas do país que foram às ruas reclamar contra os supostos atos de corrupção praticados por Fernando Collor.

No julgamento da ADPF nº 378, o Ministro Edson Fachin, relator inicial do processo, apresentou um voto que pretendia a revisão do rito fixado para o “Caso Collor” argumentando que o Supremo Tribunal Federal deveria apenas averiguar a compatibilidade material do procedimento definido pela Lei nº 1.079/50, com os parâmetros constitucionais de 1988, e não pela criação *ex nihilo* das regras do *impeachment*. Neste ponto, o relator se filiou aos

doutrinadores que defendem a hermenêutica tradicional no sentido de que o Senado Federal deve ser obrigado a instaurar o processo de *impeachment* desde que aprovado pela Câmara dos Deputados, interpretando literalmente os artigos 51, I e 52, I, da Constituição da República.

Esse voto originário ficou vencido em quatro pontos porque o Ministro Luís Roberto Barroso inaugurou a divergência que mudou substancialmente o entendimento do relator. O voto vencedor foi pela manutenção do precedente constante do acórdão proferido no “Caso Collor”. Os pontos de divergência entre o voto do Ministro Fachin e o Ministro Roberto Barroso foram, de fato, determinantes para a conclusão da Corte acerca do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff.

Quanto ao papel constitucional exercido pela Câmara dos Deputados na ADPF nº 378, adotou-se a mesma interpretação que consta do MS nº 21.564 determinando que cabe à Câmara dos Deputados, tão-somente, fazer uma análise da admissibilidade da acusação, a partir de um juízo político, visto que será verificado se a acusação é consistente, se tem base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo frutos de desavenças políticas. Após essa análise, a Câmara poderá ou não conceder uma autorização pré-processual, mera condição de procedibilidade, para a instauração do processo perante o Senado Federal.

Quanto ao papel constitucional exercido pelo Senado Federal, a referida ADPF nº 378 também ratificou a interpretação proferida no MS nº 21.564 determinando que o Senado Federal não está vinculado à decisão da Câmara dos Deputados, podendo instaurar ou não o processo. Ficou assentado que o Senado e não mais a Câmara dos Deputados fará o juízo de admissibilidade da denúncia contra o Presidente da República.

De acordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal será chamado para realizar três votações: 1) A primeira para o recebimento da denúncia por maioria simples; 2) A segunda para a pronúncia por maioria simples; 3) A terceira para o julgamento final do processo, por dois terços dos votos de seus membros.

Ao adotar uma interpretação que discordou do conteúdo constante do texto constitucional, o voto vencedor escolheu prestigiar novo quórum - maioria simples - para os Senadores deliberarem sobre o recebimento da denúncia e sobre a pronúncia, tomando por analogia o processo de impedimento previsto para os Ministros do Supremo Tribunal Federal

e para o Procurador Geral da República. Somente a decisão final permanece com a exigência de dois terços dos votos para a decisão condenatória.

Apesar de ter reescrito a Constituição Federal - o próprio Ministro Roberto Barroso afirmou em seu voto que a interpretação literal do artigo 51, I e 52, I da Carta é possível - este trabalho conclui que a Corte Constitucional agiu acertadamente quando alterou os papéis inicialmente previstos pela Constituição Federal de 1988, preenchendo as lacunas deixadas pela Lei nº 1.079/50.

Uma das características das decisões criativas ou mesmos “ativistas” é o “não interpretativismo”, ou seja, ele não se prende à letra da lei, ainda que seja a *Lex fundamentalis*, sendo construído basicamente sobre princípios, aqueles “mandados de otimização”, descritos por Robert Alexy, que servem para realizar a justiça nos casos concretos.

Cappelletti leciona que as Cortes Constitucionais estão acima dos demais Poderes, tendo pois legitimidade para agirem de forma contramajoritária, anulando decisões tomadas pelo Parlamento. Nesse particular é contestado por Ely, Bickel e Waldron que acusam a função criativa exercida pela jurisdição constitucional de antidemocrática e ofensiva ao princípio majoritário.

Bickel cunhou a expressão “dificuldades contramajoritárias” para designar as dificuldades das Cortes para a tomada de decisões que permeiam o universo político, chegando a afirmar que a “função legitimante é inescapável”, sustentando que não há como se contornar a crise de legitimidade das Cortes para decidir questões que pertencem à esfera política.

Apesar das objeções de Bickel, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da função de guarda da Constituição, exerce um papel de natureza política, quando age como “legislador negativo”, retirando do sistema leis ou atos normativos que colidem com a Carta Política. O exercício de função política pelas Cortes Constitucionais é também percebido quando age como “legislador positivo”, implementando novos direitos, assim também quando exercem um papel ativo na governança, promovendo políticas públicas ou prolatando decisões que efetivem direitos fundamentais, notadamente os direitos de minorias.

Entretanto, as Cortes Constitucionais não estão autorizadas a exercerem ativismo político-partidário, em nome da promoção de uma interpretação criativa e progressiva.

No julgamento do “Caso Dilma”, a Corte elegeu o *topoi* denominado de segurança jurídica, como baliza para manter o mesmo entendimento adotado no “Caso Collor”, prestigiando a estabilidade sistêmica e a coerência dos julgamentos, reafirmando o precedente adotado pelo MS nº 21.564.

Ademais, decisões desse jaez demonstram que a Corte respeita o direito como integridade e que não se fundamenta naquela espécie de “ativismo virulento” descrito por Dworkin, ou seja, aquele ativismo que não considera a sua própria história e tradição, seus precedentes judiciais, decidindo de forma pragmática, de acordo com as conveniências momentâneas.

Ignorar os precedentes do Tribunal Constitucional é o que se afiguraria temerário e significaria que a Corte estaria realizando a criação de direito *ex novo*, situação que demandaria um ônus argumentativo extra para demonstrar que no “Caso Dilma” havia uma circunstância hermenêutica profundamente diferente que justificasse a alteração do precedente judicial firmado no “Caso Collor”.

Portanto, a alteração do papel das Casas Legislativas torna o processo mais justo, posto que a simples “autorização” da Câmara dos Deputados não deve ser suficiente para determinar que o Senado Federal instaure o processo de impedimento. A prevalecer a interpretação literal dos artigos 51, I, e 52, I, da Carta Política, o Senado Federal seria obrigado a instaurar o processo por determinação da Câmara dos Deputados, afastando provisoriamente o Presidente do cargo, conforme determina o artigo 86 § 1º, II, da Constituição Federal.

A interpretação literal dos dispositivos constitucionais que tratam dos crimes de responsabilidade do Presidente da República não leva em conta que no bicameralismo as duas Casas Legislativas devem dividir responsabilidades quanto às mais importantes matérias que tramitam no Congresso Nacional. Não é sem razão que os “federalistas” americanos temiam a ditadura do Poder Legislativo, o que pode ocorrer se uma das Casas tiver a palavra absoluta acerca da instauração de um processo tão sério como é o *impeachment* do Presidente da República.

A interpretação jurisprudencial decorrente, tanto do “Caso Collor” como do “Caso Dilma”, determinou que o processo deve ser reiniciado no Senado, mediante a realização de várias fases não previstas expressamente na Constituição Federal de 1988. Essa interpretação,

na prática, dificulta a aprovação do processo de impedimento, facultando ao Presidente da República a possibilidade de engendrar apoios políticos de “última hora” com os Senadores.

Na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário considerar que a Constituição Federal concedeu ao Senado Federal maiores responsabilidades com questões que envolvam interesses de Estado, como o fez quando determinou que os Ministros das Cortes Superiores e o Procurador Geral da República sejam submetidos à arguição pública perante a “Câmara Alta”.

Por essa razão, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal agiu com correção ao seguir a jurisprudência do “Caso Collor”, adotando os fundamentos constantes do “Caso Dilma”, na maior parte das questões resolvidas, sobretudo no que diz respeito ao estabelecimento dos papéis da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Essa readequação dos papéis constitucionais foi realizada mediante uma interpretação criativa, suprindo omissão inconstitucional, visto que a Lei nº 1.079/50 entrou em vigor na vigência da Constituição de 1946, a qual regulamentava um procedimento totalmente diverso da atual Carta Política.

No entanto, não se observa que a Suprema Corte tenha agido com a mesma prudência quando definiu a forma de constituição e votação da Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados para a emissão de parecer sobre o pedido de impedimento. Portanto, este trabalho endossa os argumentos expostos no voto do Relator Ministro Edson Fachin, os quais foram acolhidos pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavaski.

Quanto à possibilidade de criação de chapas “avulsas” para concorrer à composição da Comissão Especial, a divergência vencedora determinou que não são possíveis candidaturas ou chapas avulsas, desrespeitando as indicações dos líderes partidários, conforme interpretação dada ao artigo 58, § 1º, da Constituição da República. Essa questão é nova porque não foi ventilada no “Caso Collor”, tratando-se de fato novo.

A questão das candidaturas “avulsas” não foi abordada no MS nº 21.564, pois os nomes da Comissão Especial foram indicados pelos líderes partidários e ratificados em votação simbólica do Plenário. No julgamento da ADPF nº 378 houve a formação de chapa “avulsa” concorrendo com a chapa oficial em face da não contemplação de alguns Deputados.

O artigo 58 da Constituição Federal afirma que: “O Congresso Nacional e suas casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento”. A Câmara dos Deputados possui Regimento Interno onde consta a forma secreta para eleição de comissões. Ora, determinar que a eleição da Comissão

deva ser ostensiva, sob o argumento que o princípio da publicidade deve nortear os atos da administração pública, é negar o fato de que em muitos casos a própria Carta Política prevê a votação secreta, como ocorre na arguição de candidatos ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República e outras situações elencadas no artigo 52, III da Constituição de 1988.

Com essa decisão a Corte deliberou que a existência de chapa única é mais democrática do que a existência de várias chapas para a Comissão Especial do *impeachment*. Ora, eleição sem concorrente não é eleição, não é disputa, é simplesmente homologação de chapa imposta pelos líderes partidários.

Tendo em vista que não havia precedente do “Caso Collor”, a Corte Constitucional decidiu seguir a interpretação referente à questão da fidelidade partidária. Nesse caso, observa-se que o direito dialoga com a política, e, muitas vezes, impõe seus pontos de vista acerca do que é justo, ocupando espaços próprios do Parlamento.

Outra questão deduzida em juízo foi a forma de votação da Comissão Especial do *impeachment*. A Corte decidiu manter o rito utilizado no “Caso Collor” e estabeleceu que a votação para a composição da referida Comissão Especial prevista no artigo 19 da Lei nº 1.079/50 deveria ser aberta.

Nesses pontos que dizem respeito à forma de criação e votação da Comissão Especial, tem-se que a Corte Constitucional invadiu injustamente matéria *interna corporis* da competência do Legislativo, violando o princípio da separação dos poderes, por representar ingerência indevida do Poder Judiciário sobre matéria destinada à auto-organização dos Poderes da República.

No caso em análise, extrai-se que a Corte deveria ter agido com autocontenção, sem ingressar em matéria da competência exclusiva de outro Poder, notadamente porque inexistia inconstitucionalidade no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Com a decisão da ADPF nº 378, o Supremo Tribunal Federal antecipou-se aos possíveis questionamentos que poderiam ser feitos posteriormente acerca da legalidade e legitimidade do processo de *impeachment*, fixando as balizas jurídicas para o “Caso Dilma”.

A decisão que fixou o rito do “Caso Dilma” teve a virtude de resolver problemas futuros, visto que a Corte Constitucional tem jurisprudência firmada no sentido de que não poderá adentrar no mérito do processo de *impeachment*, pois ele pertence somente ao Senado Federal.

O julgamento da ADPF nº 378 possibilitou que a ex-Presidente Dilma Rousseff pudesse exercer o sagrado direito de defesa, à exceção do momento anterior ao recebimento da denúncia pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, visto que, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, a apresentação de defesa prévia não é exigência do princípio constitucional da ampla defesa, sendo exceção, e não regra do processo penal. Esse entendimento foi ainda aplicado no “Caso Collor”.

A pretensão acima mencionada obteve unanimidade no Supremo Tribunal Federal, e esta tese o corrobora, visto que o acusado terá mais quatro oportunidades para exercer a ampla defesa. Poderá o acusado exercê-lo na Câmara dos Deputados, em momento anterior ao parecer formulado pela Comissão Especial da “Casa Baixa”, e em três outras oportunidades no Senado Federal.

O recente julgamento político do “Caso Dilma”, transmitido em cadeia nacional de televisão, revelou que a ex-Presidente teve amplo direito de defesa, com a indicação de mais de quarenta testemunhas, perícia técnica, tendo sido assegurado o direito de ser interrogada no final da instrução processual, quando se defendeu por mais de dez horas, no julgamento conduzido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Por tal razão, não pode a defesa de Dilma Rousseff construir uma narrativa de que foi vítima de um “golpe de Estado” ou “golpe parlamentar” ou “golpe à democracia”. Pelo contrário, o que se viu no recente julgamento foi a realização de eficiente defesa jurídica e política em favor da acusada.

No “Caso Collor”, o ex-Presidente necessitou ingressar com o MS nº 21.564 para que a Corte lhe concedesse o correto prazo para exercer o direito de defesa, pois o Presidente da Câmara dos Deputados, interpretando de forma errônea o Regimento Interno da Casa, somente lhe concedeu cinco sessões para a realização da defesa, quando o acusado tinha direito a dez sessões.

Na narrativa que construiu para a história, Fernando Collor afirmou que seu processo de impedimento foi açodado, tendo sido concluído num breve período de menos de quatro meses, apesar de ter sido realizado formalmente dentro das normas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o processo de impedimento de Dilma Rousseff demorou quase nove meses, oportunidade em que a ex-Presidente poderia ter construído alianças políticas para tentar salvar o seu mandato. É que no Presidencialismo de coalizão, como é o caso do Brasil, o

Presidente da República precisa buscar uma maioria parlamentar para poder manter a governabilidade.

Em que pese o *impeachment* não ser um sucedâneo do voto de desconfiança existente no Parlamentarismo, a realidade demonstra que a perda do apoio político do Congresso Nacional produziu a derrocada dos ex-Presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, num curto período de vinte e quatro anos.

Há quem diga que no Brasil há um semi-parlamentarismo, pois o Presidente da República, para garantir uma maioria parlamentar, precisa distribuir entre os aliados cargos no primeiro e segundo escalões do governo, liberar emendas parlamentares, atender pedidos, conceder empréstimos aos entes federados.

Esse problema se aprofunda quando se depara com um país que tem trinta e cinco partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, e cada um deles defende interesses nem sempre republicanos, o que demonstra a necessidade de uma urgente reforma política.

No presidencialismo, o modo regular de substituição dos governantes são as eleições periódicas, em que o povo escolhe livremente o candidato de sua preferência. O impedimento é medida excepcional. Portanto, as regras que o definem devem ter interpretação restritiva, considerando a relevância do procedimento que visa aplicar a pena de perda do cargo ao Presidente da República acusado da prática de crime de responsabilidade.

A nossa Constituição deveria adotar o instituto do *recall* ou referendo revogatório, a fim de que a população pudesse ser consultada sobre a viabilidade de ser manter um mandato presidencial de um agente político que não tem honrado seus compromissos de campanha ou que demonstre incompetência no trato com a coisa pública.

Nesse caso, um percentual definido de cidadãos mobilizados poderia pleitear que se realizasse um referendo revogatório no qual o povo que diretamente elegeu o Chefe do Executivo nacional pudesse destituí-lo do cargo. Dessa maneira, seria evitado que o fantasma do *impeachment* continuasse a desestabilizar as sempre frágeis democracias latino-americanas.

Portanto, esta tese defende a inclusão no nosso sistema político do *recall* ou referendo revogatório, a fim de evitar-se os transtornos criados pelo traumático processo de *impeachment*. Portanto, a nossa Constituição da República poderia sofrer uma modificação para este fim.

Por fim, a atuação do Supremo Tribunal Federal serviu para fixar as regras do processo de impedimento, não ficando os acusados à mercê do Poder Legislativo, fato que justifica a atuação contramajoritária da Corte Constitucional.

O julgamento da ADPF nº 378 foi marcado por uma contundente participação do Supremo Tribunal Federal que efetuou uma completa filtragem constitucional da Lei nº 1.079/50, compatibilizando-a com a ordem constitucional vigente, estabelecendo uma nova interpretação para o processo de *impeachment*, garantindo a estrita observância das regras que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, entende-se que a margem de manobras oportunistas se estreitou bastante, visto que a Corte Constitucional confirmou os precedentes traçados em *obiter dictum* no MS nº 21.564, optando pela previsibilidade e segurança jurídica, freando os ímpetus políticos dos representantes do Poder Legislativo. As regras do jogo foram exaustivamente definidas, de tal forma que não se pode desqualificar um procedimento previsto na Constituição Federal, minuciosamente dissecado pela jurisprudência constitucional.

Dá análise do “Caso Collor” e do “Caso Dilma”, pode-se concluir que estes dois processos representaram um aprendizado político, cujas lições são incorporadas ao constitucionalismo moderno, sobretudo porque revelam um grande amadurecimento das instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. A. & Ebrary Academic Complete 2010. *The decline and fall of the American Republic*. Cambridge, Mass.: Delknap Press of Havard University Press.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____ *Derecho y razón práctica*. 2ª ed. México:Fontamara, 1998.

_____ *Teoria Del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 1995.

_____ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSTYNE, William Van. Judicial activism and judicial restraint. In: LEVY, Leonard W; Karst, Kenneth L; MAHONEY, Dennis (Org.). *Judicial power and the Constitution*, New York:Macmillan Publishing Company, 1990.

ANASTASIA, Antonio. Disponível em: <http://g1.globo.com/política/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/Anastásia-apresenta-relatorio-pelacontinuidade-do-impeachment.html>. Acesso em 07 jun. 2016.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional*. Brasília: Edições Câmara, 2013.

ATALIBA, Geraldo. Folha de São Paulo, São Paulo, 8 de dez. 1993.

ATIENZA, Manoel. *Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Landy.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AVRITZER, Leonardo. O conflito entre a sociedade civil e a sociedade política no Brasil pós-autoritário: uma análise do impeachment de Fernando Collor de Mello. In, ROSENN, Heith S.; DOWNES, Richard. (org). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O Impeachment e o Supremo Tribunal Federal. História e Teoria Constitucional Brasileira*. Empório do Direito: Florianópolis, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Estado de Direito, Democracia e Devido Processo Legislativo. In: CLÈVE, Clèmerson M; FREIRE, Alexandre (coords). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROCAL, André. O Cerco dos Eventos. *Carta Capital: Os apuros de Temer*. São Paulo: Editora Confiança. Ano XXII, nº 911, jul. 2016.

BARROS, Sérgio Resende de. *O impeachment republicano*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ano 10, n 12, anual. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. Palestra proferida na

Universidade de Nova York, nos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>. Acesso em 07 de jun. 2016.

_____ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

_____ *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

_____ *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, ano I, n. 02, out. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BICKEL, A. M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court as the Bar of Politics*. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa:Edições 70.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Trad. Sérgio Bath. Editora Universidade de Brasília. 1997.

_____ *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____ *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo:Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29 ed. São Paulo:Malheiros, 2014.

_____ *Ciência Política*. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1986.

_____ *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

BORGES, Rodolfo. O *impeachment* de Collor revisitado: história joga luz sobre pontos cruciais da crise”. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459370703_082305.html. Acesso em: 20 mai. 2016.

BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2015.

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Seção I. Diário da Câmara dos Deputados n. 159. 26 set. 1992. Sessão de 25 set. 1992.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995

BRINDEIRO, Geraldo. *A sanção constitucional do impeachment*. Disponível em: www.opinioao.estadao.com.br. Acesso em 28 de setembro de 2016.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Brasília: Editora da UnB, 1982.

CAMARGO. Margarida Maria Lacombe de. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: forense, 1942.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Editora Almedina: Coimbra, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTANHÊDE, Eliane. *STF, entre a lei e a política*. O Estado de São Paulo. Ano 137, nº 44880. Ed. 21H40. p. A6, 02 set. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.1993.

_____ *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, Ano II, p. 38, jan/jun. 1961.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da realização do Direito*. In Digesta. Coimbra: Coimbra Editora, v. 2º, 1995.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.

CHIOVENDA, *Instituzioni I*, apud CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e Sociedade*. V II. Trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre:Sérgio Antonio Fabris, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica*. São Paulo:Saraiva, 2010.

_____ *Interpretação Constitucional*. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2011.

COIMBRA, Marcos. *Impeachment como Golpe*. Carta Capital. Surfista do Golpe. São Paulo: Editora Confiança. Ano XXII, nº 899. Mai. 2016.

COLLOR DE MELLO, Fernando Affonso. *Relato para a História. A verdade sobre o processo do impeachment*. Brasília: Senado Federal, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O Processo de *impeachment* e a importância constitucional do caso Collor. In, ROSENN, Heith S.; DOWNES, Richard. (Org). *Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2000.

COSTA, Ana Clara; BOGHOSSIAN, Bruno; RIZZO, Alana. Um julgamento ao modo da política. *ÉPOCA. O último Ato*. São Paulo: Editora Globo. Nº 950, ago. 2016.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. (org). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *1.000 perguntas e respostas de direito constitucional*. São Paulo: Forense, 1999.

COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law Journal*, vol. 95, p. 1601, (1985-1986).

CUNHA, Fernando Whitaker da. *O poder legislativo e o impeachment*. Revista de informações Legislativas, v. 29, n. 116, out./dez. 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. *Os Grandes sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4 ed. São Paulo: Martins Claret, 2002.

DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Vol I. Bruxelles: Librairies des Sciences Juridiques, 1925.

DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 9. ed. London, 1950.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principles*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

_____ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____ *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectivas, 1995.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge-Mass., Harvard University Press, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENRICO, Berti. *As Razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1998.

ERNST-WOLFGANG Bökenförde. *Escritos sobre derechos Fundamentales*. Baden-Baden: nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

EVELIN, Guilherme. É política estúpido. *ÉPOCA. Especial impeachment*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 931, abr. 2016.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do poder*. 6. ed., porto Alegre: Globo, 2 vol.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvm, 2014.

FERNANDES, Talita. É Luzes! Câmera! Ação! *ÉPOCA. O último Ato*. São Paulo: Editora Globo. Nº 950, ago. 2016.

_____ *Muito além do impeachment*. *ÉPOCA. O Poder do Supremo*. São Paulo: Editora Globo. Ed. 915, dez 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Apud* ABELLÁN, Marina Gaston. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo:Atlas, 2001.

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

_____ *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 16 jul. 2016.

_____ *Presidencialismo exacerbado, Legislativo fragilizado e Judiciário politizado*. SILVA MARTINS, Ives Granda. (Org.). *Princípios Constitucionais Relevantes*. São Paulo:FeComércio, 2011.

FERREIRA MACIEL, A. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FISCHELL, Édouard. *La Constitution d'Angleterre*. Trad. Fr. Ch.Voguel. Paris. 1864.

FLORES, Antonio Carrillo. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica: Madri. 1946.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México:Fontamara, 2001.

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Texas Law Review, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Texto e interpretação, in Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. 2, 1994.

_____ *Verdade e Método*. Trad. Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____ *Verdade e Método*. Trad. Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GARCIA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1984.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e presidencialismo de Articulação Institucional*. 348 f. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito do Estado –Área de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. *John Hart Ely e a crítica ao controle de constitucionalidade*. *Consultor Jurídico*. dez. 2013. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2013-nov/embargosculturais-john-hart-ely-critica-controle-constitucionalidade>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

_____. *O Pós-Modernismo Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

GOLDING, Martin. *Filosofia e Teoria do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

GREY, Thomas C. *Do we have an Unwritten Constitution?* in: *A Constitutional Law Anthology*. Glennon, J Michael et al. *Stanford Law Review*, n. ° 27, 1975.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert. L.A. *The concep of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HEIDDEGER, Martin. *Ser e tempo*. 2.ed. Rio de Janeiro:Vozes, Parte I, 1988.

HENNING LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2007.

HENRIQUE, Luciano. *Os golpes de Dilma, Lula e Sócrates, por Eva Gaspar*. <https://lucianoayan.com/2016/05/15/os-golpes-de-dilma-lula-e-socrates-por-eva-gaspar/>Acesso em: 15 mai. 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.1991.

_____ *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Vilallón. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOLMES, Oliver W., apud MORRIS, *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo:Martins Fontes, 2002.

JANOT, Rodrigo. Parecer do Procurador Geral da República. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231431,21048Janot+diz+que+Judiciario+nao+po+de+disciplinar+de+maneira+abstrata>. Acesso em 07 de jun. 2016.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid:Debate, 1992.

_____ *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo:Martins Fontes, 1994.

_____ *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo:Martins Fontes, 1998.

KROEHN, Márcio. As mentiras que Dilma contou. *ISTO É DINHEIRO. A economia de Temer*. Ano 17, nº 983, set. 2016.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 1998.

LEAL, Aurelino. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. 1ª Parte. São Paulo: Editora F Briguiet Cia, 1925.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 8 ed., ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário: direito constitucional brasileiro*. Imprensa: Rio de Janeiro Livraria Francisco Alves, 1915.

LINDNER, Júlia. *Lewandowski diz que impeachment de Dilma foi um 'tropeço na democracia'*. Disponível em <http://www.politica.estadao.com.br>. Acesso em 29 set. 2016.

LINZ, Juan. *The perils of presidentialism*. *Journal of Democracy*. Vol. I, nº 1, p. 51-69, 1990.

_____ Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference? In, VALENZUELA, Arturo; LINZ, Juan (Ed.). *The failure of Presidential Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994.

LLORENTE, Francisco Rubio. Los males del Tribunal Constitucional. *El País*. Madrid, 10 de agosto de 2012.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____ *Cartas Sobre a Tolerância*. Trad. João da Silva Gama, revista por Artur Morão. Lisboa: Edições 70Lda., 1965.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

_____ *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Trad. Trad. Dalmir Lopes Jr, Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. (Org). André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MAANEN, John V. reclaiming qualitative methods for organizational research: a preface. *Administrative Science Quarterly*. Vol. 24, Nº 4, December 1979^a.

MACHADO Y RUIZ, Antônio. *Poesias Completas*. Madrid: Espasa Calpe, 1997.

MANNING, Brian. *The english people and the english revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1978.

MARIZ, Antonio. *O Impeachment do Presidente do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. III. 3.atual
Campinas:Millennium, 2009.

_____ *Da competência em matéria penal*. São Paulo, 1953

MARTINS, Andrea; Moraes, Marcelo. *Chamar impeachment de golpe é desserviço*. O Estado de São Paulo. Ano 137, nº 44876, Ed. 21H15, p. A4, 29 set. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Impeachment duas visões juristas*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151211>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____ *Repensando o Supremo*. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242584,71043>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MATTOS, Marcela. *Collor indica voto pelo impeachment: ‘Tragédia anunciada’*. Disponível em: <http://www.veja.abril.com.br>. Acesso em: 28 set. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3 ed. Porto Alegre: Freitas Bastos, 1929.

_____ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Crimes de responsabilidade do Presidente da República – Reflexões e subsídios para análise do processo de Impeachment de Dilma Vana Rousseff, com base na denúncia de Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaína Conceição*

Paschoal. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/4/art20160411> Acesso em: 07 jun. 2016.

_____ *Processo de impeachment de Dilma*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dila/noticia/os-argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado.html> Acesso em: 11 mai. 2016.

_____ *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública-corrupção-ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

MENDONÇA, Renata; PUFF, Jefferson. *Duas Visões: juristas contra e a favor avaliam pedido de impeachment*. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/impeachment_2_visoos.html. Acesso em: 17 mai, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. T. III. 3 ed. Ver e aumentada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. *Do Espírito das Leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2010.

MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*. 32 ed. rev. e atual. Atlas:São Paulo, 2016.

MOURA, Pedro Marcondes de. A tese do golpe chega a ser ofensiva. ISTO É. *PESQUISA EXCLUSIVA DILMA X TEMER*. ANO 39, Nº 2438, ago, 2016.

MUNARI, Carmen. *Associação latino-americana diz que impeachment de Dilma é arbitrário*. Disponível:<http://www.valoreconomico.com.br>. Acesso em 11 ago. 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. *Fragments finais*. Brasília: Editora da UNB, 2002.

NÓBREGA, Maílson da. *Impeachment não é golpe. VEJA: Fora do Baralho*. São Paulo: Editora Abril. Ed. 2474, abr. 2016.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *A Chefia do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Lauro. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, v. 25.

_____ *O Impeachment Especialmente no Direito Brasileiro*. Imprensa: Fortaleza, Paulina, 1947.

NONATO, Orosimbo, *apud* COSTA, Edgar. *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Tomo III, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

NORONHA, Flávio. A. *O IMPEACHMENT. Sua necessidade no regime presidencial. O processo, pontos de controvérsia, conceito, natureza e história*. Imprensa: Brasília, 1992.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo. *Os argumentos de especialistas e o parecer do impeachment no Senado*. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia.os_argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado.html. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____ Acessível em: <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/video-janaina-paschoal-da-aula-sobre-limite-de-pericia-e-explica-por-que-ela-confirmou-denuncia-contradilma>. Acesso em 18 ago. 2016.

_____ Acessível em: www.youtube.com.br. Acesso em 09/09/2016.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. *O Presidencialismo no Brasil, O Cruzeiro*, Rio de Janeiro, 1962.

ORTEGA, José y Gasset. *Verdad y Perspectiva*, in *El Espectador*. Obras Completas. Madrid: Revista de Occidente, Tomo II, 1963.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona:Ariel, 2007.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo:Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Virginia. K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Tratado da Argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo:Martins Fontes, 1996.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: CambridgeUniversity Press, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra:Coimbra ed., 1989.

PINTO, Paulo Brossard de Souza, *O Impeachment. Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 3. Ed. Tomo III, São Paulo:Forense, 1987.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle Judicial de Atos do Poder Legislativo. Atos políticos e Interna Corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo:Saraiva, 2010.

_____. *O ativismo é ruim independente do resultado*, 2009. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 06 de abr. 2016.

REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____ *Impeachment*. In, CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Iorgs.). *Direito Constitucional: organização dos poderes da República*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011,

RIBEIRO, Lodi. *Nós poderemos ter a rejeição das contas da presidente sem que nenhum ato por ela praticado possa ser [chamado] de ilícito*. Disponível em: <http://gauchanews.com.br/policia/os-argumentos-de-especialistas-e-o-parecer-do-impeachment-no-senado/14803160> Acesso em 07 de jun. 2006.

RICOEUR, Paul. Paul. *Interpretação e Ideologias*. Org. e trad. Hilton Japiassu. 3. ed. Rio de Janeiro:Francisco Alves, 1988.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad, Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* São Paulo: Minha Editora, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Processo de responsabilidade do Presidente da República. Renúncia do Presidente após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Ininterruptibilidade do processo. Eficácia da decisão condenatória do Presidente renunciante. In: *OAB. A OAB e o impeachment*. Brasília: Tipogresso, 1993.

RODRIGUES, BOECHAT. L. *Processo de Impeachment do Presidente dos Estados Unidos Andrew Johnson (1867 – 1868)*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. N. 77, jul. 1993.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

ROTEIRO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO PROCESSO DO *IMPEACHMENT* DE DILMA ROUSSEF. Disponível em <http://www.senadofederal@org.br>. Acesso em 30 ago. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Arnaldo. *Impeachment. Ascensão e queda de um Presidente*. São Paulo: Cia dos Livros, 2010.

SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUSA, Rainer. *Impeachment*. Disponível em: Mundoeducação.bol.uol.com.Br/política/impeachment. Acesso em 12 abr. 2016.

STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. *Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism*. World Politics, V. 46, n. 1, 1993.

STF: Plenário. ADPF 130/DF. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. 30/4/2009, maioria. DJe 208, 6 nov. 2009.

STRECK, Lênio Luiz, *Verdade e Consenso*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

_____ *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: lei n. 9.882/99.* São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOCQUEVILLE, Aléxis. *A Democracia na América.* Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4 ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUCKER, John Randolph. *The Constitution of the United States, a critical discussion of its genesis, development and interpretation.* v. I. Publisher Chicago, Callaghan, 1899.

VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo.* Revista Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, N 14, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. *Não há limites para a patológica judicialização da política,* 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 01 jun. 2016.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Antônio Cláudio de Lima. *Sobre o “impeachment” na Câmara dos Deputados.* In, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 685, ano 81, nov. 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política.* São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales.* Buenos Aires: Ediar, 1994.

ZAGREBELSKY. *La Giustizia Costituzionale.* 2. ed. Bolonga: Il Mulino, 1988.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WRÖBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid:Civitas, 1988.

LISTA DE SIGLAS

ACO – Ação Civil Originária

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIN – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

BACEN – Banco Central do Brasil

BB – Banco do Brasil

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça

CADIN – Cadastro de Créditos Não Quitados de Órgão e Entidades Federais

CARF- Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CEF – Caixa Econômica Federal

CGAU – Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União

CGR – Consultoria-Geral da República

CGU – Consultoria-Geral da União

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

CUT - Central Única dos Trabalhadores

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DATAPREV – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social

DEM - Democratas

DPF – Departamento de Polícia Federal

DRT – Delegacia Regional do Trabalho

EBC – Empresa Brasileira de Comunicações

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

FNS – Fundação Nacional de Saúde

FPM – Fundo de Participação de Municípios

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LASA- Associação de Estudos Latino-Americanos

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MBL – Movimento Brasil Livre

MC – Ministério das Comunicações

MCC – Movimento Contra a Corrupção

MD- Ministério da Defesa

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário

MDIC – Ministério do Desenvolvimento Indústria

MEC – Ministério da Educação

MinC- Ministério da Cultura

MJ – Ministério da Justiça

MMA – Ministério do Meio Ambiente

MME - Ministério de Minas e Energias

MPF – Ministério Público Federal

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

MPS – Ministério da Previdência Social

MPTCU – Ministério Público do Tribunal de Contas da União

MRE – Ministério das Relações Exteriores

MS – Ministério da Saúde

MS – Mandado de Segurança

MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

MTST- Movimento dos Trabalhadores Sem Teto

MT- Ministério dos Transportes

MTE- Ministério do Trabalho e Emprego

MPR – Movimento Vem Pra Rua

NOVO – Partido Novo

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU- Organização das Nações Unidas

PAC – Programa de Aceleração do Crescimento

PCB – Partido Comunista Brasileiro

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PCO – Partido da Causa Operária

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PEN – Partido Ecológico Nacional

PETROBRÁS- Petróleo Brasileiro S/A

PGF – Procuradoria Geral Federal

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

PGU – Procuradoria-Geral da União

PGR – Procuradoria Geral da República

PHS – Partido Humanista da Solidariedade

PMB – Partido da Mulher Brasileira

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PMCMV – Programa Minha Casa Minha Vida

PMN – Partido da Mobilização Nacional

PNL – Projeto de Lei

PP- Partido Progressista

PPL – Partido Pátria Livre

PPS – Partido Popular Socialista

PRB – Partido Republicano Brasileiro

PRF – Procuradoria-Regional Federal

PR – Partido da República

PRP – Partido Republicano Progressista

PROS – Partido Republicano da Ordem Social

PRTB – Partido Renovador Trabalhista Brasileiro

PSB – Partido Socialista Brasileiro

PSC – Partido Social Cristão

PSD – Partido Social Democrático

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PSDC – Partido Social Democrata Cristão

PSL – Partido Social Liberal

PSOL- Partido Socialismo e Liberdade

PSTU - Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados

PTB - Partido Trabalhista Brasileiro

PT – Partido dos Trabalhadores

PT do B – Partido Trabalhista do Brasil

PTC- Partido Trabalhista Cristão

PTN – Partido Trabalhista Nacional

PV- Partido Verde

REDE – Rede Sustentabilidade

SD - Solidarietà

SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

SICAU – Sistema Integrado de Controle de Ações da União

SOF – Secretaria do Orçamento Federal

SRF – Secretaria da Receita Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

UNE – União Nacional dos Estudantes