

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELA MAFRA

**AÇÃO PENAL 937: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

FLORIANÓPOLIS

2018

GABRIELA MAFRA

**AÇÃO PENAL 937: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2018

AGRADECIMENTOS

“Ignorância não é saber distinguir entre uma letra e outra, ignorância é não ter a capacidade de amar, e isso na minha casa não me faltou.” - Sônia Bone Guajajara.

Agradeço primeiramente e principalmente aos meus pais, por todo suporte, compreensão e amor nessa caminhada. Por sempre me incentivarem a sonhar, a acreditar em mim e, acima de tudo, por batalhar arduamente para que isso fosse possível. Mãe e Pai, Eliane e Carlos, obrigada pela vida e pela inspiração, vocês são meu orgulho e minha melhor benção.

“Não importa o que você escolher, vai ser para sempre meu irmãozinho caçula.” - Irmão Urso.

Também dentro do meu núcleo familiar, agradeço meu irmão Arthur, que me enche de alegria, de vida, e é a pessoa que mais amo nesse mundo.

“Educar é ensinar os outros a viver; é iluminar caminhos alheios; é amparar debilitados, transformando-os em fortes; é mostrar as veredas, apontar as escaladas, possibilitando avançar, sem muletas e sem tropeços” - Antonieta de Barros.

Dentre vários mestres que me ensinaram e guiaram durante o curso, agradeço em especial o professor Claudio Ladeira de Oliveira, pela orientação neste trabalho, pelo incentivo, paciência e mentoria. E também, ao professor Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier pela caminhada acadêmica, pelos conselhos e principalmente pela amizade.

“Cada pessoa que passa em nossa vida, passa sozinha, é porque cada pessoa é única e nenhuma substitui a outra! Cada pessoa que passa em nossa vida passa sozinha e não nos deixa só porque deixa um pouco de si e leva um pouquinho de nós. Essa é a mais bela responsabilidade da vida e a prova de que as pessoas não se encontram por acaso.” - Charles Chaplin.

Agradeço à minha amiga Camila Kohn de Cristo pela sincronicidade e generosidade, por ser uma inspiração nos estudos e um exemplo de dedicação, e ainda por todo o companheirismo no escritório modelo. Agradeço à minha amiga Nicole da Silva por todos os momentos vividos dentro e fora da UFSC, pela sensibilidade, e acima de tudo, por me fazer enxergar o mundo de outras perspectivas. Ambas tornaram a jornada da graduação mais leve e risonha, foram parceiras a todo tempo e que, certamente, levarei do CCJ para a vida toda.

“Nasci pra ser livre, mas preciso saber pra onde voltar. Gosto do meu aconchego, meu porto-seguro, minha paz. E encontro tudo isso na minha família.” - Clarissa Corrêa.

Às mulheres de minha família que através do seu amor e apoio tornaram essa jornada mais agradável, minhas avós Terezinha e Marli, e às minhas tias Queli e Patrícia.

“Benditos sejam todos os amigos de raízes, verdadeiros. Porque amigos são herdeiros da real sagacidade. Ter amigos é a melhor cumplicidade!” - Machado de Assis.

Por fim, não poderia deixar de mencionar minhas amigas da vida toda Paola, Yasmin, Victória, Raquel e Jasmin.

Pés, para que os quero, se tenho asas para voar?

Frida Kahlo

RESUMO

A presente monografia dedica-se ao estudo da atuação do poder judiciário no Brasil, em especial, do Supremo Tribunal Federal quanto ao fenômeno da judicialização da política. Por meio do estudo de um processo judicial - a Ação Penal 937 no Supremo Tribunal Federal – procura-se constatar o movimento ativista de juízes que, desde o final da segunda guerra mundial, ganha força no Brasil e no mundo e que efetiva direitos humanos, entretanto também adquire contornos evidentemente políticos. O poder judiciário passa a representar papel central na efetivação de direitos e de políticas públicas, ganhando destaque no cenário nacional devido a sua atuação. Uma vez que os juízes consolidaram sua influência política e postura ativista perante a sociedade, pode-se perceber que o que ocorre é a politização dos tribunais, expandindo o papel das cortes, em especial a do Supremo Tribunal Federal. Mais do que controlar a legislação infraconstitucional, passaram a regular as normas constitucionais, ampliando ou restringindo garantias, interpretando dispositivos e lançando novos entendimentos acerca da Constituição Federal, nesse sentido se perfazendo no papel dos poderes legislativo e executivo, e praticando a denominada mutação constitucional. Para isso, no primeiro capítulo realiza-se uma síntese dos mecanismos pelos quais o poder judiciário atua. O segundo capítulo trata do foro por prerrogativa de função, com enfoque nas imunidades parlamentares, e traz o caso paradigma deste trabalho a Ação Penal 937 do Rio de Janeiro que tramitou no STF. No último capítulo, analisam-se os votos na questão de ordem da Ação Penal 937 e, propõe-se uma reflexão crítica acerca dos aspectos democrático e representativo no que tange às decisões tomadas pelo Tribunal, lançando possíveis desdobramentos práticos em decorrência do novo posicionamento adotado em relação ao foro por prerrogativa de função. Por fim, a pesquisa conclui que a atuação do Supremo Tribunal Federal têm contornos evidentes do fenômeno da judicialização da política, o que é incompatível com o estado democrático de direito. Atualmente, as normas constitucionais não limitam a atuação da corte, evidencia-se a carência de legitimidade ao promover tal mutação constitucional, a fragilidade dos argumentos discutidos na questão de ordem, e, por fim, o enfraquecimento da democracia e representatividade que decisões desse cunho promovem.

Palavras-chave: Atuação judicial. Judicialização da política. Foro por prerrogativa de função. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

This monograph is dedicated to the study of the acts from Brazilian judiciary, in particular, the Federal Supreme Court regarding the phenomenon of the judicialization of politics. Through the study of a judicial process - Criminal Action 937 in the Federal Supreme Court – its intended to verify the activist movement of judges that, since the end of the Second World War, has gained strength in Brazil and in the world, and it turns human rights effective, however, it also acquires clearly political boundaries. The judiciary takes a central role in the implementation of rights and public policies, gaining prominence in the national scenario due to its performance. Once the judges have consolidated their political influence and activist status towards society, its perceived that what is happening is the politization of the courts, expanding their role, especially the Federal Supreme Court. More than controlling the ordinary legislation, they began to regulate constitutional law, extending or restricting guarantees, interpreting provisions, and launching new understandings about the Federal Constitution, in that sense usurping the role of the legislative and executive powers, and practicing the so-called constitutional mutation. At first chapter a synthesis of the mechanisms which the judiciary operates is performed. In the second chapter, deals with the privileged jurisdiction, with a focus on parliamentary immunity, and brings the study case of this work to Criminal Action 937 of Rio de Janeiro that was processed in the STF. In the last chapter, the votes on the point of order of Criminal Action 937 are analyzed, and a critical reflection on the democratic and representative aspects is proposed regarding the decisions taken by the Court, launching possible practical developments as a result of the new position adopted in relation to the privileged jurisdiction. Finally, the research concludes that the actions of the Federal Supreme Court have obvious contours of the judicialization of politics, which is incompatible with the democratic state of law. Currently, the constitutional law do not limit the court's action, the lack of legitimacy is evident when promoting such constitutional mutation, the fragility of the arguments discussed in the point of order and, finally, the weakening of democracy and representativeness that decisions of this kind promotes.

Keywords: Judicial action. Judicialization of politics. Privileged jurisdiction. Democratic legitimacy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AP – Ação Penal

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

QO – Questão de Ordem

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	11
1.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO	11
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL	14
1.2.1 Distinção entre controle de constitucionalidade nos regimes de <i>common law</i> e <i>civil law</i>	17
1.2.2 Controle via sistema concentrado ou austríaco	20
1.2.3 Controle via sistema difuso ou americano.....	20
1.2.3.1 <i>Marbury v. Madison</i>	21
1.2.4 Controle de constitucionalidade judicial no Brasil.....	22
1.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	26
1.4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	28
2 IMUNIDADES PARLAMENTARES E A AÇÃO PENAL 937.....	31
2.1 HISTÓRICO BRASILEIRO	31
2.2 IMUNIDADE MATERIAL OU INVIOLABILIDADE PARLAMENTAR	34
2.3 IMUNIDADE FORMAL	35
2.3.1 Imunidade formal relativa à prisão.....	36
2.3.2 Imunidade formal relativa ao processo.....	37
2.4 A AÇÃO PENAL 937	38
2.4.1 Ementa	40
2.4.2 O julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937	41
2.4.3 Princípio da simetria: a aplicação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça....	43
3 ATUAÇÃO JUDICIAL E AS PERSPECTIVAS DEMOCRÁTICA E REPRESENTATIVA	44
3.1 RESTRIÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO DO MINISTRO RELATOR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
3.2 VOTOS DA DIVERGÊNCIA.....	52
3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A QUESTÃO DA REPRESENTATIVIDADE	55
3.4 POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento político e institucional conturbado, com políticas econômicas controvertidas e profunda descrença da população em seus governantes e na política em geral. Em pesquisa recente, encomendada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), divulgada em 5 de abril de 2018, estima-se que apenas 5% dos entrevistados aprova o atual governo em contraposição a 72% que o considera ruim ou péssimo (RIBEIRO; CUNTO, 2018). Ademais, sucessivos escândalos envolvendo membros dos poderes executivo e legislativo em crimes atentando contra a administração pública, com investigações de notória visibilidade e ampla cobertura midiática, colocaram a classe política em descrédito diante da população, bem como evidenciaram e enaltecem o papel dos juízes envolvidos em tais processos, principalmente aqueles que compõem o Supremo Tribunal Federal.

A judicialização da política ganhou força no mundo após a 2ª Guerra Mundial, tendo em vista o profundo descaso com direitos humanos que ocorreu no cumprimento da estrita legalidade, ensejando violações a direitos fundamentais que marcaram a história da humanidade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 possui um amplíssimo rol de garantias e direitos positivados, além disso, prevê um sistema de controle de constitucionalidade híbrido, pelas vias difusa e concentrada, para que Tribunais possam se manifestar sobre violações diretas ao texto constitucional e, portanto, resguardem seu conteúdo.

Ocorre que, apesar de haver um sistema de controle de constitucionalidade formal e o Supremo Tribunal Federal ser compreendido como guardião da Constituição, percebe-se pela jurisprudência da Suprema Corte que, na praxe, o Tribunal vem interpretando dispositivos, ampliando ou restringindo direitos e garantias constitucionais, ou ainda modificando sua própria competência, afastando-a da originalmente concebida pela letra da Constituição. Nesse sentido, a judicialização, de aspectos sociais e políticos controvertidos, é fenômeno recorrente na atualidade brasileira e busca-se aqui uma reflexão acerca de aspectos como legitimidade democrática deliberativa, separação de poderes e as consequências práticas que tais decisões podem difundir.

Assim, este trabalho de monografia tem por objetivo principal analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937, com a Questão de Ordem suscitada e seu julgamento, cujo enredo ensejou em profunda mudança no instituto do foro por prerrogativa de função de autoridades públicas. Têm-se como objetivos específicos examinar a argumentação feita pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso no voto condutor, bem como comparar o quórum qualificado formal, para aprovação de uma emenda constitucional, e o

quórum do julgamento, para assim propor uma reflexão crítica quanto aos aspectos democrático e representativo da decisão. Por fim, avaliar possíveis desdobramentos práticos decorrentes da nova interpretação do foro por prerrogativa de função adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um procedimento de pesquisa monográfico, com pesquisa qualitativa realizada por meio do estudo de caso, mais especificamente estudo de processo judicial (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009). A pesquisa pode ser ainda classificada como teórica e descritiva. A hipótese trabalhada é a de que a atuação judicial vêm provocando mudanças profundas às garantias fundamentais presentes na Constituição Federal, com destaque aqui para o sistema de imunidades parlamentares e o foro por prerrogativa de função como um todo. Para isso, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica através de fontes primárias: legislação constitucional e infraconstitucional brasileira; e secundárias: livros, manuais, artigos de revistas, trabalhos de conclusão de curso e dissertações.

Dito isso, o trabalho está dividido em três capítulos, o Capítulo I propõe uma revisão bibliográfica acerca dos institutos de produção normativa constitucional, e sua revisão, destacando-se os mecanismos do controle de constitucionalidade judicial e a mutação constitucional. Traz-se a noção teórica do fenômeno da judicialização política a nível mundial, para assim vislumbrar a prática atual do STF, permeando tais noções com a evolução da jurisprudência do Tribunal. O Capítulo II discorre sobre o instituto das imunidades parlamentares, com seu conceito, origem história e finalidade, para assim discutir sobre as profundas modificações que têm sido feitas em seu bojo nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal. Para esse fim, faz-se a análise da Ação Penal 937 do Rio de Janeiro, na qual, foi suscitada Questão de Ordem para discussão pelo plenário do Tribunal acerca do foro por prerrogativa de função. Ademais, com o resultado do julgamento da referida questão de ordem, traz-se a aplicação do novo entendimento consolidado pelo STF por meio de decisão monocrática no Superior Tribunal de Justiça, através do princípio da simetria. O Capítulo III, por fim, pretende articular os argumentos levantados pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso na questão de ordem da Ação Penal 937, ao passo que propõe uma análise crítica da representatividade da decisão, comparando o quórum formal para aprovação de uma emenda constitucional ao quórum da corte. Ainda, procura-se avaliar possíveis desdobramentos práticos decorrentes da nova interpretação do foro por prerrogativa de função.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao iniciar alguns pontos da teoria constitucional precisam ser assentados para subsidiar posterior reflexão, objeto deste trabalho. Assim, nesse capítulo, é necessário dispor sobre a origem da Constituição, ou seja, a partir do poder constituinte originário, e ainda sobre alguns dos métodos formais e informais para sua ulterior modificação, conceitos como poder constituinte derivado, controle de constitucionalidade judicial e a mutação constitucional, estes dois últimos com ênfase ao fenômeno da judicialização da política, que também será aqui abordado.

1.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

Para Fernandes (2017, p. 133) o poder constituinte originário e a Constituição, que lhe é produto, assumem uma expectativa de perenidade no tempo, o que gera segurança jurídica e previsibilidade das relações sociais. Zweig (apud BONAVIDES, 2004, p. 144), por sua vez, descreve que o poder constituinte ao elaborar a Constituição pratica "ato mediante o qual a personalidade do Estado se autodetermina". Entretanto, isso não faz com que o ordenamento jurídico e a própria Constituição, não possam ser adaptados e também conscientes de possíveis aberturas para mudanças e oxigenações.

Nesse sentido, Souza (2008, p. 11) descreve que é dinâmica a realidade constitucional e, para que a Constituição subsista esta "deverá conter mecanismos que propiciem sua constante adaptação às transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade.". Jean-Jacques Rousseau em 1772 já afirmava que é "contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar" (ROUSSEAU apud BONAVIDES, 2004, p. 197).

Do contrário, significaria sobrecarregar o poder constituinte originário, pois mesmo que para pequenas mudanças exigir-se-ia um complexo processo de ruptura constitucional. Assim, o próprio Poder Constituinte, criador da nova constituição, deveria trazer em seu bojo a previsão de um mecanismo de alteração e/ou atualização, tal procedimento deve ser observado mediante a imposição de limites e condicionalidades (FERNANDES, 2017, p. 133).

Canotilho (2000, p. 888-889) afirma que a Constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado. Por isso, a Constituição garante sua estabilidade e conservação no tempo através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo agravado das leis de revisão. Segundo o autor, não se trata de defender irrestritamente características da Constituição

contra mudanças necessárias, mas sim contra a aniquilação, ruptura ou até mesmo da eliminação do conteúdo constitucional, nisso deve-se falar em limites para revisão constitucional.

De acordo com Bonavides (2004, p. 145), costuma-se distinguir poder constituinte originário do poder constituído ou derivado. O primeiro faz a constituição, e não se atenta a limites formais, sendo essencialmente político. Enquanto o segundo está inserido na Constituição como órgão constitucional, e está preso a limites tácitos e expressos, sendo definido pelo autor como poder primordialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional.

Fernandes (2017, p. 133) afirma que, no Brasil, têm-se duas espécies de poder constituinte derivado de reforma. O autor dispõe que, a reforma é gênero que possui duas espécies: a Revisão (reforma geral ou global do texto) e as Emendas (reformas pontuais do texto).

Atualmente, a concepção moderna de poder constituinte derivado considera que a Constituição pode sofrer alterações informais, ou seja, uma evolução nas dimensões sintática, semântica e pragmática do texto, sem, contudo, alterá-lo efetivamente (FERNANDES, 2017, p. 133). Tal fenômeno é conhecido pelo nome de "mutação constitucional", ou ainda, poder constituinte difuso.

A interpretação é a forma mais simplificada de mutação informal, pois esta opera sob as bases da abertura textual e da polissemia da Constituição. Já a atividade legislativa é a fonte de mutação capaz de solucionar as lacunas no texto constitucional ou a ausência de eficácia plena das normas constitucionais. Há ainda, a chamada mutação consuetudinária, que como tradição constitucional, foi assumida como prática usual de lacunas ou omissões no texto constitucional (FERNANDES, 2017, p. 145-147).

Contudo, para Bonavides, tal concepção de mutação informal é paradoxal, pois de um lado permite a evolução do direito ao impedir eventos revolucionários, porém de outra parte, revela-se como uma abertura para insegurança jurídica, arriscando-se diluir a Constituição (BONAVIDES apud FERNANDES, 2017, p. 145).

Há não muito tempo, preponderava a ideia de que a interpretação constitucional estava atada aos órgãos estatais e aos participantes direto no processo, o que o autor Peter Haberle denomina de fixação na interpretação dada pelos "órgãos oficiais". Sem deixar de reconhecer a importância da interpretação dos órgãos oficiais, o autor defende a teoria de que a interpretação constitucional é atividade que diz respeito a todos. Tanto os órgãos oficiais,

como os próprios indivíduos, podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou em longo prazo (HABERLE, 2014, p. 33).

Ressalta-se que, o autor supramencionado aponta que se deve elaborar uma crítica à visão dos múltiplos intérpretes da constituição vez que, a depender da forma que for praticada, a interpretação constitucional poderá dissolver-se em um grande número de interpretações e de intérpretes, gerando consequências a teoria constitucional que visa unidade política e também unidade da Constituição, (HABERLE, 2014, p. 35-36).

Nesse sentido, Kelsen também formulou tal ressalva, apresentando como principal desvantagem do controle jurisdicional no sistema difuso a multiplicidade de órgãos aplicadores da lei podem opinar acerca da constitucionalidade das leis. Desse modo, a ausência de uniformidade nas decisões ameaça a autoridade da própria Constituição (KELSEN, 2007, p. 303).

Em relação à questão de legitimidade que se coloca para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição, as competências formais envolvem apenas os órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento preestabelecido, ou seja, legitimação mediante procedimento constitucional. São estes: os órgãos estatais e os parlamentares (HABERLE, 2014, p. 35-36).

Paulo Bonavides conceitua a Constituição sob o aspecto material, fazendo do poder constituinte "um poder político, um poder de fato, um poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica." (BONAVIDES, 2004, p. 147).

Kelsen, por sua vez, afirma que "A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa que tais limites não serão ultrapassados." (KELSEN, 2007, p. 240).

Na lição de Bonavides (2004, p. 142), a distinção fundamental entre poder constituinte e os poderes constituídos permitiu o advento das constituições rígidas, assim como o dogma de uma soberania exercida mediante instrumentos constitucionais de limitação de poder. Segundo ele, o "poder constituinte nacional é nesse caso a soberania a serviço do sistema representativo". Nessa perspectiva:

Separar o poder constituinte dos poderes constituídos veio a significar do mesmo passo uma garantia de natureza formal, que se cuidava eficaz à proteção e resguardo dos direitos individuais postos na Constituição. Obstaculizava-se por meio da rigidez constitucional toda a interferência restritiva ou modificadora daqueles direitos, colocados portanto fora do alcance do legislador ordinário (BONAVIDES, 2004, p. 154).

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode ser classificada, quanto ao critério de estabilidade, como rígida (FERNANDES, 2017, p. 53). Uma constituição rígida é aquela que requer procedimentos especiais, mais difíceis e/ou específicos para sua modificação. Procedimentos esses definidos na própria Constituição (FERNANDES, 2017, p. 39).

Na lição de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 234) o poder constituinte originário não se esgota ao editar a Constituição, ele subsiste fora desta e possui aptidão para se manifestar a todo e qualquer momento. É, portanto, um poder permanente e incondicionado, segundo os autores, que não se sujeita a formas pré-estabelecidas.

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL

Gomes Canotilho afirma que a defesa da constituição demanda a existência de garantias da constituição, estas que se destinam a assegurar sua observância, aplicação, estabilidade e conservação (CANOTILHO, 2000, p. 887-888).

O controle de constitucionalidades das leis pode ocorrer segundo a natureza do órgão de controle, cabendo a cada ordem constitucional definir livremente a competência para tal controle. A depender da escolha do constituinte o controle poderá ser: político, jurídico ou misto (MASSON, 2016, p. 1062).

O sistema brasileiro é caracterizado como jurídico ou jurisdicional, ou seja, quando o controle é efetivado por integrantes do poder judiciário e/ou detentores de poderes jurisdicionais. Cumpre ressaltar que, embora o judiciário exerça tal controle em primazia, existem exceções (MASSON, 2016, p. 1063).

Controle de constitucionalidade ou judicial review é a terminologia adotada pela doutrina norte-americana para descrever o procedimento de ajuste das normas infraconstitucionais aos dispositivos da Constituição, é uma das possibilidades de atuação da força normativa da Constituição (MARTIGNAGO, 2009, p. 12).

Nesse passo, “Declarar a supremacia da Constituição significa colocá-la no vértice do aparelho jurídico do país e, concomitantemente, afirmar que as leis infraconstitucionais não podem derogá-la.” (MARTIGNAGO, 2009, p. 14).

Nathalia Masson ao definir controle de constitucionalidade judicial expõe o significado do verbo controlar, nesse caso como representação de um procedimento de análise, uma verificação da compatibilidade das normas, a adequação das leis diante da

constituição. A hierarquia entre as normas constitucionais e infraconstitucionais é inequívoca, o que por si justifica a realização do controle de constitucionalidade. Tal procedimento de fiscalização dos diplomas é o que assegura a supremacia constitucional, não sendo apenas um ideal. A autora defende que há, contudo, alguns pressupostos para sua realização: (i) existência de uma Constituição escrita, marcada pela rigidez; (ii) o reconhecimento da supremacia constitucional; (iii) estipulação de uma relação de comparação, uma avaliação de compatibilidade entre a norma superior (Constituição) e o restante do ordenamento jurídico; (iv) estabelecimento de consequência jurídica ante a violação da norma superior - por exemplo, o reconhecimento da inexistência, da nulidade ou da anulabilidade do ato inferior incompatível com a Constituição (MASSON, 2016, p. 1051-1053).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos define duas dimensões do ativismo judicial, a primeira decorre do fato de que decisões ativistas são multifacetadas, ou seja, se revelam por diferentes dimensões, como a interpretação criativa e expansiva da Constituição, aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou pouco definidos, ausência de submissão à capacidade legal dos demais poderes, etc. Na segunda dimensão apresentada pelo autor, o ativismo judicial responde a uma pluralidade de fatores, e não apenas é o resultado da atitude deliberada de juízes e cortes, tais fatores moldam o comportamento mais ou menos ativista dos juízes, descreve ainda que “o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado” (CAMPOS, 2014, p. 42).

O primeiro uso público do termo ‘ativismo judicial’ é imputado ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em um artigo de sua autoria intitulado *The Supreme Court: 1947*, no qual discorreu sobre a importância de saber que questões dividiam os juízes, uma vez que suas decisões moldam a nação. Devido à importância vital ao país e a sociedade, a corte e seus juízes deveriam se submeter ao julgamento crítico de suas motivações, relações internas e externas ou tudo que possa influenciar na tomada de decisões. Schlesinger apresentou o termo ativismo judicial em oposição à autorrestrrição judicial, esta se traduz pela deferência dos juízes à vontade do legislador e o entendimento de que a Suprema Corte não deve interferir na política. Já juízes ativistas, segundo ele, acreditam que devem promover liberdades civis e direitos das minorias através de sua atuação (CAMPOS, 2014, p. 43-44).

Canotilho (2000, p. 898) distingue o controle jurisdicional entre o sistema difuso, ou americano, e o sistema concentrado ou austríaco. No sistema difuso a competência para fiscalização da constitucionalidade das leis é conferida a qualquer juiz que no decorrer da apreciação judicial se depare com uma lei aplicada ao caso concreto. Enquanto o sistema concentrado reserva a um único órgão a competência para julgar a constitucionalidade das

leis, tal órgão pode ser tanto de jurisdição ordinária (Tribunal Supremo), quanto um órgão especialmente criado para isso (Tribunal Constitucional).

Há ainda a divisão do controle pela via incidental e pela via principal. O controle pela via incidental consiste em declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo durante a apreciação judicial, ou seja, no decurso da ação. Também chamado de controle pela via de exceção, ele não se traduz como principal objetivo da ação em que ele ocorre. Já o controle pela via principal ocorre quando a inconstitucionalidade suscitada consiste no objetivo principal da ação, mediante o que Canotilho denomina de processo constitucional autônomo apresentado perante um Tribunal Supremo ou Tribunal Constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 899-900).

Em relação ao controle concentrado e pela via principal, temos o chamado controle abstrato, que significa questionar a constitucionalidade da norma em si, independentemente de um litígio em concreto. Nessa linha, o controle abstrato não se coaduna com a ideia de interesse das partes, mas sim com a defesa da Constituição e do princípio da constitucionalidade, por sua vez eliminando atos normativos contrários à Constituição. Por se tratar de um processo objetivo a legitimidade de propositura desse tipo de ação é restrito a certas entidades e autoridades. Por sua vez, o controle concreto liga-se ao controle jurisdicional difuso e incidental, pois nesse caso o juiz aprecia a constitucionalidade da norma aplicável a um caso específico, cuja resolução depende da validade da norma jurídica (CANOTILHO, 2000, p. 900-901).

No que tange ao tempo que ocorre o controle, temos a divisão entre controle preventivo e controle sucessivo, atualmente chamado de controle repressivo. Quando o controle é feito no momento em que o ato normativo entra em vigor, ainda carece de eficácia jurídica, diz-se que o controle é preventivo. Do contrário, quando o ato normativo é perfeito, dotado de eficácia jurídica denomina-se controle sucessivo ou a posteriori (CANOTILHO, 2000, p. 901).

Jeremy Waldron faz a distinção entre os sistemas de controle de constitucionalidade, em fortes e fracos. No que ele chama de sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais possuem o arbítrio para deixar de aplicar uma lei em um processo, ou então que tenham a autoridade para modificar o efeito de uma lei de modo a adaptá-la aos direitos individuais em questão. Ademais, nesse sistema, os tribunais podem determinar como matéria de direito que uma lei não será aplicada. Dessa forma, a lei que não é aplicada, considerando a força vinculante dos precedentes, passará a ter status de letra morta. Uma maneira de dar mais

força ao controle de constitucionalidade consiste em dar aos tribunais o poder para excluir totalmente uma lei (WALDRON, 2010, p. 99-100).

O sistema de constitucionalidade fraco, em contrapartida, permite que os tribunais analisem a legislação quanto à sua conformidade com os direitos individuais, todavia não podem deixar de aplicá-la ou moderar sua aplicação. Contudo, não se mostra sem efeito o exame de conformidade que é feito por tais tribunais, uma vez que estes ao constatar alguma desconformidade poderão emitir uma "declaração de incompatibilidade", de modo a asseverar que está convencido que a disposição da lei é incompatível com um direito maior, no caso europeu, com a Convenção Européia dos Direitos Humanos. O efeito de tal declaração não irá afetar a validade, força ou a aplicação da referida lei, assim como não vinculará às partes no procedimento em que é emitida, ainda assim produzirá um efeito específico, no qual o ministro do governo poderá utilizar a declaração para iniciar um procedimento legislativo que remedie a incompatibilidade. Tal atitude do ministro não seria possível sem a declaração de incompatibilidade feita pelos tribunais (WALDRON, 2010, p. 101).

Um sistema de controle de constitucionalidade ainda mais enfraquecido não daria essa porção de arbítrio aos tribunais em emitir tal declaração. Exemplo do que ocorre dos tribunais da Nova Zelândia que não podem deixar de aplicar uma lei por esta violar direitos humanos, não obstante podem encontrar interpretações que evitem tal violação. Apesar disso, os tribunais neozelandeses, por iniciativa própria, passaram a emitir a 'declaração de incompatibilidade', contudo, essa não trará qualquer efeito jurídico ao processo legislativo (WALDRON, 2010, p. 101).

Outra distinção apresentada pelo autor envolve a caracterização do controle de constitucionalidade judicial como orientado a direitos, no sentido de que tribunais, como parte do controle de constitucionalidade geral, revogam leis que violam direitos humanos. Contudo, na prática o judicial review orientado a direitos ocorre na mesma medida que decisões que revogam leis que violam princípios do federalismo e da separação de poderes, isso quando não revogam leis por estas contrariarem a visão que a suprema corte possui do que é federalismo (WALDRON, 2010, p. 103).

1.2.1 Distinção entre controle de constitucionalidade nos regimes de *common law* e *civil law*

Ao tratar do tema controle de constitucionalidade, é importante distinguir as origens históricas sob as quais tal sistema foi construído. Assim, em uma breve comparação histórica entre as tradições americana e francesa, tem-se que nos tempos em que os Estados Unidos da

América eram colônias inglesas, todas as leis editadas - as chamadas Cartas - eram necessariamente submetidas ao controle pelos juízes ingleses pois proibiam-se atos contrários ao direito inglês. Disso, extraía-se o princípio da supremacia do direito inglês. O controle da produção legislativa das colônias, pelo direito inglês, fez surgir nos Estados Unidos o seu oposto, o princípio da supremacia do judiciário, fomentando o surgimento do controle de constitucionalidade judicial das leis nos EUA (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 878-879).

A experiência do common law, entretanto, não reflete a lógica do civil law com origens na revolução francesa. Na França, o legislativo afastou o regime absolutista através da produção de leis, como forma de assegurar o novo regime o princípio da supremacia do parlamento submetia os juízes à lei (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 881).

Na tradição Francesa, trazida por Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 222), tinha-se a ideia de supremacia do parlamento, esta que, por sua vez, não se coadunava com a ideia de supremacia da Constituição. Segundo os autores, faltava à Constituição operatividade jurídica devido à sobrevalorização da supremacia da lei e do próprio parlamento. Problematizam ainda que, a supremacia parlamentar defendida debilitava o valor da Constituição e, ao mesmo tempo, tornava inconcebível a atuação do poder judiciário no controle das leis. Tal objeção à atuação dos juízes remete às bases da revolução francesa, cujo bojo se deu na burguesia. Nesse sentido, os juízes, nomeados pelos antigos monarcas, eram vistos como adversários potenciais da revolução.

Em seu livro 'O espírito das leis', Montesquieu (2000, p. 167-168) define que em cada Estado há três tipos de poder: o poder legislativo, que cria leis; o poder executivo do estado, que instaura segurança, faz a paz ou a guerra; e, por fim, o poder de julgar, que castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Na sequência, o autor conceitua 'liberdade política', que segundo ele, nada mais é que a tranquilidade de espírito que cada cidadão tem sobre a sua segurança, e que essencial à posse dessa liberdade é um governo tal que um cidadão não tema outro. Nesse sentido, Montesquieu problematiza que não há liberdade em um governo cujo poder de julgar não seja separado dos poderes legislativo e executivo. Uma vez que o poder de julgar unido ao poder legislativo seria arbitrário, uma congregação dos poderes sobre a vida e liberdade dos cidadãos, nesse caso o juiz seria legislador. Ou ainda, caso os juízes estivessem unidos ao poder executivo poderiam ter a força de um opressor.

A repartição de competências legislativas e administrativas é a base para a forma federativa do Estado, segundo Dias (2014, p. 122-134). No Brasil, a forma federativa do Estado teve início a partir de Constituição Federal de 1891, sendo que se divide entre os entes

federados competências próprias e exclusivas asseguradas constitucionalmente, não há hierarquia entre os entes da federação, portanto nenhum é superior aos demais. O poder político de todos é equivalente.

Têm-se um plexo de capacidades dentro da repartição de competências, podendo ser dividido em: autonomia legislativa, que é a capacidade para legislar dentro do espaço delimitado na constituição, e a autonomia administrativa, que se traduz no poder de exercer funções administrativas dentro da esfera delimitada na constituição. Na lição de Horta (2010, p.168) a repartição de competências pode centralizar o poder, concentrando sua maior parcela na União, como ocorreu na Constituição Federal de 1967. Ou então, a repartição pode fazer uma opção clara pela descentralização, reduzindo poderes centrais e ampliando os estaduais, equilibrando assim a dosagem dos poderes entre União, Estado, Municípios e Distrito Federal, tal tendência está presente na Constituição Federal de 1988.

Segundo os ensinamentos de Dias (2014, p. 135-136), o federalismo "promove a escolha, a concorrência, a participação, experimentação e difusão do poder.". A federação se caracteriza por um processo que distribui ônus e bônus entre os entes federados, que envolve um saber-fazer "saber legislar, saber administrar, saber se autogovernar, saber captar e gerenciar recursos."

Ambas as revoluções, francesa e americana, têm suas raízes na separação dos poderes elaborada por Montesquieu. Contudo, o judiciário francês pré-revolução era constituído pela classe aristocrática, negando-se a aplicar a nova legislação por essa ser contrária aos seus próprios interesses e interpretando-as de modo a manter o status quo (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 883). Depreende-se, portanto, que os juízes americanos não sofreram as limitações do princípio da separação dos poderes da mesma forma que os juízes franceses (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 888).

O poder judiciário norte americano, descrito por Tocqueville (2005, p. 111) possui tamanha importância política, de maneira que nenhuma outra nação do mundo tenha constituído um poder judiciário da mesma forma que os americanos, concluindo que "nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.". Ao invocar uma lei que contraria a constituição, diante dos tribunais estadunidenses, os magistrados podem se recusar a aplicá-la, tal poder conferido ao juiz americano é de onde decorre sua grande influência política (TOCQUEVILLE, 2005, p. 115).

1.2.2 Controle via sistema concentrado ou austríaco

A ideia de controle concentrado liga-se diretamente a Hans Kelsen, cuja concepção diverge substancialmente do judicial review americano, nela não se trata de uma fiscalização judicial, mas sim uma função constitucional autônoma, podendo ser caracterizada também como função legislativa negativa (CANOTILHO, 2000, p. 898-899).

Para Kelsen a constitucionalidade da legislação pode ser garantida por dois meios: pela responsabilidade pessoal do órgão que promulgou norma inconstitucional e a inaplicação dessa norma. A revisão judicial da legislação, segundo o autor, deveria ocorrer de forma centralizada, assim a Constituição Austríaca de 1920 previa esse controle por meio de uma corte especial, chamada de Corte Constitucional. À esta Corte foi conferido, por meio da própria Constituição, poder para declarar a inconstitucionalidade das leis, com a ressalva de que enquanto a Corte não declarasse a inconstitucionalidade da lei a opinião do legislador deveria ser respeitada (KELSEN, 2007, p. 302-305).

Importa evidenciar que a Constituição Austríaca ao conferir tal poder à Corte Constitucional, conseqüentemente viabilizava a esta uma função legislativa. Por isso, sua composição deveria ser feita mediante membros eleitos pelo parlamento, e não como os demais juízes cuja indicação provinha do poder executivo. A independência do poder executivo se justificava pelo fato de a corte deter controle sobre diferentes atos administrativos, de suma importância política (KELSEN, 2007, p. 306).

Kelsen define que a principal diferença entre as Constituições americana e austríaca ocorre no processo para declarar uma lei inconstitucional e no órgão competente. Enquanto nos EUA a revisão judicial só é possível através de um processo cujo objeto litígio seja única e exclusivamente de interesse das partes, a declaração de inconstitucionalidade nesse contexto se dá pela afirmação de que a lei viola de modo ilegal o interesse de uma das partes. Segundo o autor, contudo, o interesse público não necessariamente se confunde com o interesse privado das partes envolvidas e justamente por isso que o interesse público deve ser protegido mediante processo correspondente à sua especial condição (KELSEN, 2007, p. 311-312).

1.2.3 Controle via sistema difuso ou americano

A Constituição norte-americana de 1787 é tida como a primeira Constituição escrita de um Estado Nacional, da maneira como se compreende atualmente. Por isso, costuma-se invocá-la como o marco inicial do constitucionalismo. Nesse sentido, o autor Paulo Klautau Filho descreve as três as grandes inovações do constitucionalismo norteamericano: o

federalismo, a separação de poderes e controle judicial de constitucionalidade – *judicial review* (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 3).

Caracterizar-se-á, ainda, o *judicial review* como controle *a posteriori*, no modelo norte-americano. Divergindo de um controle *ex ante* da legislação por um tribunal constitucional, pois a atuação do tribunal constituiria um estágio final no processo legislativo, uma análise em abstrato antes da promulgação da lei (WALDRON, 2010, p. 104). O *judicial review* pode ser realizado por tribunais ordinários ou ainda por um tribunal constitucional especializado (WALDRON, 2010, p. 105)

A Suprema Corte americana nasceu como um órgão judiciário de última instância (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 890), a decisão considerada marco do *judicial review* estadunidense foi: *Marbury v. Madison*, cujas razões serão expostas a seguir.

1.2.3.1 *Marbury v. Madison*

Considerado o julgamento de referência no *judicial review* norteamericano, através da atuação do *Chief Justice* John Marshall, a corte pela primeira vez afirmou seu poder de julgar inconstitucional e deixar de aplicar leis federais, em face de sua incompatibilidade com a Constituição (CAMPOS, 2014, p. 51).

O caso foi proposto em 1801 diretamente na Suprema Corte por William Marbury através do *writ* de *mandamus*, em face do então Secretário de Estado do governo federal, James Madison, com o intuito de compelir sua investidura no cargo de Juiz de Paz do Distrito da Columbia, cuja nomeação havia sido feita pelo presidente federalista John Adams ao fim de seu mandato. Ocorre que, após a posse do novo presidente, o republicano Thomas Jefferson, determinou-se a negativa do cargo a Marbury. Assim, Marbury baseou-se na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que conferia à Suprema Corte a competência originária para julgar o *writ* de *mandamus* contra autoridades públicas, para a propositura da ação (CAMPOS, 2014, p. 51).

No julgamento, que ocorreu somente em 1803, *justice* Marshall declarou:

Assim, é opinião da Corte de que Marbury tem o direito a tomar posse; a recusa a lhe conferir tal posse, a qual é uma clara violação de seu direito, deverá encontrar remédio nas leis de seu País. Resta investigar se ele tem direito ao específico remédio que pleiteia. Isso depende: 1º. Da natureza do mandado (*writ*) pleiteado; e 2º. Do poder dessa Corte.¹

¹That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy. It remains to be inquired whether . . . [h]e is entitled to the remedy for which he applies. This depends on, 1st. The nature of the writ applied for; and, 2d. The power of this court. 3d. The nature of the writ. (*Marbury v. Madison*, 1803)

Durante a análise da competência específica da Suprema Corte para julgar de forma originária, entretanto, Marshall encontrou um conflito entre a Seção 13 do *Judiciary Act* e o art. 3º da Constituição Americana. Conforme se extrai de trecho da decisão:

Na distribuição desse poder, é declarado que “a Suprema Corte deverá ter jurisdição originária em todos os casos envolvendo embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e naqueles nos quais um Estado deverá ser parte. Em todos os demais casos antes mencionados, a Suprema Corte deverá ter jurisdição recursal (appellate jurisdiction)”²

[...]

Se o Congresso mantém a liberdade de atribuir à Corte jurisdição recursal, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e atribuir jurisdição originária onde a Constituição declarou que deveria ser jurisdição recursal; então, a distribuição de jurisdição feita na Constituição é forma sem substância.³

Assim, em que pese reconhecer o direito de Marbury a ser investido no cargo, *Chief Justice* John Marshall declarou que a Suprema Corte não detinha a competência originária para julgar o caso, por entender inconstitucional o art. 13 do *Judiciary Act*, afastando sua aplicação e, conseqüentemente, não julgando o caso concreto. A Constituição como lei suprema, não poderia ser modificada por meios ordinários, ou ainda por uma lei que lhe é contrária, e esta deveria ser tida como nula e ter sua aplicação afastada. Na decisão declarou ainda que o Judiciário é o intérprete último da Constituição (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 892-893).

1.2.4 Controle de constitucionalidade judicial no Brasil

A Constituição do Império datada de 1824 não estabelecia nenhum tipo de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, isso devido ao dogma da soberania do parlamento e também ligado à figura do Poder Moderador, que permitia ao Imperador manter a “independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes” (FERNANDES, 2017, p. 264).

Com a Constituição da República de 1891 foi instituído o controle de constitucionalidade das leis, em que pese ter sido previsto na Constituição provisória de 1890,

² In the distribution of this power, it is declared that “the Supreme Court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction. (Marbury v. Madison, 1803)

³ If it had been intended to leave it in the discretion of the legislature to apportion the judicial power between the supreme and inferior courts according to the will of that body, it would certainly have been useless to have proceeded further than to have defined the judicial power, and the tribunals in which it should be vested. The subsequent part of the section is mere surplusage, is entirely without meaning, if such is to be the construction. If congress remains at liberty to give this court appellate jurisdiction where the constitution has declared it shall be appellate; the distribution of jurisdiction, made in the constitution, is form without substance. (Marbury v. Madison, 1803)

foi inspirado no modelo de controle norteamericano pela via do sistema difuso-concreto (FERNANDES, 2017, p. 268).

Por sua vez, a Constituição de 1934 manteve o sistema difuso-concreto adotado anteriormente, contudo acrescentou a cláusula de reserva de plenário - art. 179⁴, e ainda estabeleceu a competência para o senado suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo judiciário - art. 91⁵ (FERNANDES, 2017, p. 271).

Em 1937 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de cunho autoritário, que manteve em seu texto a já mencionada cláusula de reserva de plenário no art. 96⁶, assim como atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar causas em que se questionasse a vigência ou validade de lei federal ou lei dos governos locais em face da Constituição, conforme o art. 101 do referido diploma (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 é promulgada em um movimento de redemocratização do país, valorização de direitos humanos em âmbito internacional com a derrota do nazi-fascismo na 2ª Guerra Mundial. O controle de constitucionalidade difuso, assim como a possibilidade do Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a lei ou decreto que fosse declarado(a) inconstitucional por decisão definitiva no Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2017, p. 275-276).

A Constituição de 1967 manteve a separação de poderes, cujo legislativo ocorria pelo Congresso Nacional. A Câmara dos Deputados era composta de representantes do povo, eleitos em um sistema proporcional pelo voto direto e secreto, para mandato de 4 anos. Já o Senado Federal era composto de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário, para mandato de oito anos. O poder judiciário era composto pelo Supremo Tribunal Federal; Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho, e gozava de garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O controle de constitucionalidade difuso-concreto foi mantido, assim como o controle concentrado-abstrato por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, conforme a EC n. 16/65 (FERNANDES, 2017, p. 280).

⁴ Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (BRASIL, 1934).

⁵ Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1934)

⁶ Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República (BRASIL, 1937).

Outorgada pela junta militar, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 é comumente intitulada de Emenda Constitucional, contudo, trata-se de diploma constitucional, a emenda serviu apenas como mecanismo de outorga. As modificações trazidas pelo referido diploma foram desde a alteração do mandato de Presidente para 5 anos, a presidência do Congresso Nacional passou a ser exercida pelo presidente do Senado Federal e não mais pelo Vice-presidente da República, foi reduzido o número de deputados federais, as imunidades parlamentares foram relativizadas, e ainda, o processo para reforma do texto constitucional foi dificultado (FERNANDES, 2017, p. 281-282).

Por fim, na Constituição Federal de 1988, o controle difuso-concreto continuou previsto, assim como a cláusula de reserva de plenário. Quanto ao controle concentrado, a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que foi trazida pela EC n. 16/65, se manteve, além da Representação de Inconstitucionalidade Interventiva - ADI interventiva; e trouxe novas ações constitucionais a ADI por omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. A EC n. 3/93, posteriormente, agregou ao sistema de controle a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (FERNANDES, 2017, p. 284-285).

No direito brasileiro o controle de constitucionalidade se dá, usualmente, pelo poder judiciário e de modo repressivo. Nessa modalidade podem sofrer controle leis e atos normativos cuja tramitação procedimental estiver devidamente concluída, ou que ao menos tenham sido promulgados (MASSON, 2016, p. 1064).

Há, também, o controle judicial preventivo, porém esse ocorrerá apenas excepcionalmente em atenção ao princípio da separação de poderes. Através dele, procura-se assegurar o direito dos parlamentares a um processo legislativo hígido, ou seja, ajustado às determinações constitucionais. Assim, a inobservância das regras constitucionais atinentes ao trâmite legislativo autoriza o poder judiciário a intervir, se devidamente provocado, de modo a preservar a supremacia da Constituição. Nessa hipótese é necessário que um parlamentar interponha mandado de segurança arguindo o desrespeito ao devido processo legislativo. Acerca da legitimidade ativa, nessa hipótese, exclusividade dos parlamentares, o mandado de segurança deve ser necessariamente apresentado por um parlamentar que componha a casa legislativa na qual a medida se encontra em tramitação (MASSON, 2016, p. 1064-1065).

Em relação à caracterização do sistema brasileiro quanto ao controle concreto e abstrato, Masson (2016, p. 1070) afirma que quase na totalidade dos casos o controle concentrado ocorre de modo abstrato, já o controle difuso de forma incidental, geralmente ocorre dentro de um caso concreto.

A competência para julgar as ações na via difusa é ampla, no direito brasileiro atual, cabendo a qualquer órgão integrante do poder judiciário, que detenha de funções jurisdicionais, a apreciação da questão de constitucionalidade. Inclusive o Supremo Tribunal Federal atua na via difusa como corte recursal, exigindo para isso prequestionamento, bem como nas ações de competência originária. Declarada a inconstitucionalidade pelo poder judiciário, os efeitos da decisão serão retroativos - *ex tunc*, portanto, a decisão é meramente declaratória de uma inconstitucionalidade que já existia desde a origem da lei ou do ato normativo (MASSON, 2016, p. 1074).

Durante a apreciação, em sede de controle de constitucionalidade difuso, o juiz monocrático pode decidir a questão de constitucionalidade. Entretanto, pela via recursal a questão constitucional poderá ser apreciada por Tribunal, nesse caso a Constituição Federal prevê em seu art. 97 a chamada “cláusula de reserva de plenário”⁷, assim somente através da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial, nos casos em que o Tribunal possua mais de 25 julgadores, vide art. 93, XI, CF/88, é que se pode declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (MASSON, 2016, p. 1075).

Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial.⁸

Sobre a cláusula de reserva de plenário, a Lei 9.756/1998 modificou o então vigente código de processo civil, no sentido de que havendo o tribunal ou o plenário do STF já se manifestado sobre a questão, o incidente de inconstitucionalidade no caso, não será mais necessário que os órgãos fracionários nos casos subsequentes submetam a mesma questão ao pleno ou ao órgão especial. Bastando que apliquem a decisão anteriormente prolatada pelo órgão pleno ou especial do Tribunal ou pelo plenário do STF. Cumpre ressaltar ainda que o mero afastamento da aplicação da norma pelo órgão fracionário, sem que a questão seja submetida ao pleno ou órgão especial, implica em burlar por via oblíqua à cláusula da reserva de plenário, conforme súmula vinculante n. 10 do STF⁹ (MASSON, 2016, p. 1076).

⁷ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988).

⁸ AI 591.373-AgR, Rei. Min. Celso de Mello.

⁹ Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (BRASIL, 2008).

Inclusive o Supremo Tribunal Federal se submete a tal regramento, da cláusula de reserva de plenário, toda vez que uma das turmas suscitar a inconstitucionalidade de uma norma deverá enviar “a questão como um todo” para julgamento do plenário (MASSON, 2016, p. 1077).

1.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil temos duas espécies de poder constituinte derivado de reforma. A reforma é gênero que apresenta duas espécies: a revisão, ou reforma geral ou global do texto; e as emendas, reformas pontuais do texto (FERNANDES, 2017, p. 133).

Segundo Fernandes, o poder constituinte originário e a Constituição gera uma expectativa de permanência no tempo, gerando segurança jurídica e previsibilidade das relações sociais. Nesse sentido, existem limites impostos ao poder constituinte derivado de reforma, limites esses divididos pela doutrina em quatro modalidades: temporais, circunstanciais, formais ou procedimentais e as limitações substantivas ou materiais (FERNANDES, 2017, p. 133).

No âmbito do constitucionalismo moderno, uma das funções da Constituição é assegurar um nível adequado de estabilidade às instituições políticas e jurídicas. Por isso a rigidez constitucional - a dificuldade maior de alteração do texto constitucional em relação ao processo legislativo ordinário - presta-se à finalidade de garantia da permanência e estabilidade, embora não a imutabilidade da constituição (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 113).

Sobre os limites formais impostos ao poder constituinte derivado de reforma, Fernandes (2017, p. 134-135) dispõe que a própria Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 60 um procedimento próprio para que ocorram alterações em seu texto. Tais procedimentos envolvem limites formais subjetivos - iniciativa para deflagração do processo - e os limites formais objetivos - a tramitação do processo: turnos de votação, quórum para aprovação, forma de promulgação, e a possibilidade de reapresentação de propostas de emenda já rejeitadas.

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 152) definem as mutações constitucionais como “alterações semânticas de preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.

A Constituição Federal de 1988, segundo os autores, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 122) adotou um procedimento da reforma severo (iniciativa, deliberação, aprovação

etc.), que enfatiza seu caráter rígido. Tais regras e procedimentos para reforma caracterizam a própria noção de Constituição em sentido formal, contudo, isso não significa que não possam ocorrer as chamadas mutações constitucionais informais, o que os autores colocam como desenvolvimento não escrito do direito constitucional, em sentido material, por meio da interpretação (judicial, legislativa e administrativa) e do costume constitucional. Ressalta-se que, tal instituto deve respeitar os limites traçados pelo possível sentido textual da Constituição, que não pode ser extrapolado.

Gomes Canotilho explica que as normas de revisão constitucional não são o fundamento da rigidez constitucional, mas sim vislumbram uma escolha feita pelo constituinte, através do processo agravado de revisão, cujo intuito é de impedir a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário, considerando-se assim uma garantia da Constituição. Entretanto, o autor declara que isso não significa uma proibição absoluta de inalterabilidade, e sim uma imposição de rigidez relativa (CANOTILHO, 2000, p. 1059).

A mutação constitucional, bem como a reforma constitucional, envolve a ideia de que a Constituição é organismo vivo, que se submete à dinâmica da realidade social, e que justamente por isso, não se esgota em fórmulas fixas e predeterminadas (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 155).

Segundo Karl Loewenstein a mutação constitucional pode ser conceituada como “transformação no âmbito da realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal atualização encontre previsão no texto constitucional, que permanece intocado.” (LOEWENSTEIN apud SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 155).

A problemática da mutação constitucional, por outro lado, assume especial relevância no contexto das constituições rígidas, ou seja, as constituições cujo texto apenas pode ser modificado mediante processo de alteração mais agravado (mais difícil), e não pelo simples procedimento da legislação ordinária, visto que com isso se abre maior espaço para o desenvolvimento do direito constitucional pela via da interpretação (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 156).

Os autores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 156) destacam três modalidades, dentre os mecanismos de mutações constitucionais, a citar: (a) mutação por meio da interpretação, em destaque, a dos órgãos jurisdicionais; (b) mutação mediante o costume; e (c) mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional. Descrevem ainda que, a mutação por meio da interpretação ocorre sempre que se “alteram o significado e alcance do texto constitucional sem que se efetue qualquer alteração textual”.

Cumpra destacar que a mutação constitucional pode ocorrer violando o sentido literal da constituição escrita - pela via da interpretação judicial, da atuação do legislador infraconstitucional, ou mesmo por meio do costume ou prática por parte dos poderes constituídos – assim, é possível falar em mutação inconstitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 159).

Em todos os povos, segundo Tocqueville (2005, p. 112-113), o poder judiciário apresenta a característica fundamental de atuar como árbitro. A ação dos tribunais deve ocorrer mediante a provocação e posterior contestação. Nesse sentido, o autor explica que, o juiz ao atacar uma lei relativa a um processo, amplia o círculo de suas atribuições, mas não as extrapola, pois, de certa maneira, precisa enfrentar a lei para julgar o processo. Contudo, ao se pronunciar sobre uma lei sem partir de um processo, o juiz sai completamente de sua esfera e penetra na do poder legislativo. “O poder judiciário violentaria, de certa forma, essa natureza passiva, se ele mesmo tomasse a iniciativa e se erigisse em censor das leis”.

Em suma, para Alexis de Tocqueville o juiz se pronuncia sobre casos particulares e não sobre princípios gerais. Portanto, se na resolução de um caso particular o juiz tornar estéril um princípio geral, ele permanece no seu círculo de atuação, contudo, ao atacar diretamente um princípio geral sem mirar em um caso particular, ele irá extravasar a competência que o povo lhe atribui (TOCQUEVILLE, 2005, p. 112).

1.4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Segundo Ferejohn (2003, p. 1) através da teoria democrática clássica associa-se a política às atividades desempenhadas pelo legislativo, e, em contrapartida, ao direito associam-se às operações do judiciário. A política que ocorre no âmbito legislativo é inevitável, assim como é legítima. A contestação política, segundo o autor, é condição necessária para a realização plena dos valores democráticos, justamente por isso “é de se esperar que a política no processo legislativo seja contenciosa, parcial e ideológica”.

Entretanto, como bem explicita Peter Haberle “o processo político não é um processo liberto da Constituição”. Do contrário, através da formulação de diversos pontos de vista, o processo legislativo provoca e impulsiona desenvolvimentos que são importantes, senão essenciais, da perspectiva constitucional. Ao criar uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, o legislador fixa bases para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais, atuando assim como precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional (HABERLE, 2014, p. 34-35).

Sabe-se que, atualmente, restringir política ao processo legislativo é simplista demais. Além do que, os tribunais têm se mostrado cada vez mais dispostos a limitar e regular o poder de instituições legislativas, com isso têm se caracterizado como instâncias de elaboração de políticas públicas substantivas, regulando a maneira como se desenvolve a atividade política (FEREJOHN, 2003, p. 2).

Hirschl (2009, p. 139-140) afirma que em todo mundo, nas últimas décadas, tem-se testemunhado uma transferência de poder das instituições representativas para os tribunais. Num “processo de transformação pelo qual o Poder Judiciário passou a estar no centro da discussão jurídico-política e a ser visto também como um produtor de normas.” (JESUS, 2012, p. 29). Uma das principais evidências dessa tendência é a judicialização da política, na qual recorre-se aos tribunais para:

[...] o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas [...], tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental (HIRSCHL, 2009, p. 140)

Para Ferejohn (2003, p. 3-4) o modelo do mandato popular/prestador de contas aparenta, não lida com a complexidade envolvida no processo de criação de leis, uma vez que envolverá inúmeras incertezas, pois não há como prever as consequências da adoção de uma nova norma. Em contraposição a essas incertezas, típicas dos parlamentos e das agências governamentais, os tribunais, segundo o autor, trazem vantagens únicas. Primeiramente por estes lidarem com as normas à luz de casos específicos, o que possibilita vislumbrar injustiças ou inconvenientes justamente pelas circunstâncias que permeiam o litígio.

Nas palavras do autor Paulo Klautau Filho acerca da acepção do *judicial review* americano:

Muito mais do que um órgão judicial independente exercendo sua função técnica de aplicação da lei, trata-se do Judiciário exercendo o poder de afirmar que o Legislativo (o órgão democraticamente representativo da tradição Parlamentar Britânica e da concepção madisoniana) desrespeitou a Constituição ao editar determinada lei, devendo, por tal razão, excluir-se do ordenamento jurídico o diploma legal sob exame (under review). Trata-se, além do controle judicial de constitucionalidade, da supremacia judicial (judicial supremacy) com relação aos demais poderes na interpretação da Constituição. Em outros termos, a última palavra sobre a constitucionalidade de determinada lei caberia ao Poder Judiciário. Tal idéia seria inconcebível, como ainda o é, no sistema parlamentarista inglês, no qual a última instância recursal, quanto a violações da common law, está na Câmara dos Lordes (House of Lords) e não em qualquer órgão do Poder Judiciário (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 259).

Legislar é por natureza uma atividade política, por essa razão, os tribunais que vêm assumindo cada vez mais atividades de cunho legislativo, seja pela fragmentação ou pela vontade de proteger uma gama maior de direitos, terão cada vez mais a política sobre si. “A judicialização da política também leva à regulação judicial da política. A recente regulação judicial de práticas democráticas tem se concentrado no desenvolvimento de doutrinas constitucionais que permitam que tribunais reorganizem as práticas políticas.” (FEREJOHN, 2003, P. 6).

Tendo em vista que a política é intrínseca ao processo legislativo, independente de qual instância este se constitua, aquela o seguirá. Segundo John Ferejohn não é errado que a produção de normas pelo judiciário possua aspectos políticos, entretanto, a política feita no judiciário deve ser diferente da forma como é conduzida nos outros poderes. Por isso, segundo o autor, ao haver o deslocamento de assuntos legislativos para a esfera judicial alguns critérios normativos devem orientar a alocação da autoridade legislativa, como forma de garantir que essas leis sejam desenvolvidas e cumpridas (FEREJOHN, 2003, p. 7-8).

Hirschl (2009, p. 141) distingue a judicialização em três categorias:

(1) a disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; (2) a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; (3) e a judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

De forma abstrata, Hirschl (2009, P. 142) define a judicialização da política como a “disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas”, tal difusão é evidente em todos os aspectos da vida moderna, e é, segundo o autor, resultado “da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do estado de bem-estar social moderno e suas numerosas agências reguladoras”. O autor denomina esse aspecto da judicialização de “judicialização das relações sociais” (HIRSCHL, 2009, p. 144).

Outro aspecto levantado em relação à judicialização da política, com enfoque na justiça processual e a equidade formal em processos decisórios, é a “expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado” (HIRSCHL, 2009, p. 143), decisões estas que variam entre separação de poderes, federalismo, limites aos poderes legislativo e executivo, ou ainda proteção a direitos

constitucionais. O crescimento da importância política dos tribunais se evidencia em um fenômeno multifacetado, que consiste na “elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado.” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

O autor Stuart Scheingold chama a atenção para o fato de que a política, intrinsecamente ligada ao poder legislativo, acontece por uma convergência de interesses obtusos e obscuros, o que contrasta com as decisões judiciais seus e procedimentos abertos, reforçando, segundo ele, a imagem de integridade e incorruptibilidade do processo judicial. “O objetivo, claro, é tornar mais atraente o uso de soluções legais e constitucionais para problemas políticos” (SCHEINGOLD, 2004, p. 34, apud HIRSCHL, 2009, p. 144). O que, por um lado poderia expandir um discurso de direitos, de outro empobreceria o discurso político.

Segundo Ferejohn (2003, p. 9) o fenômeno de politização dos tribunais é inevitável e, de certa maneira, legítimo. Ao se desenvolver normas no âmbito do judiciário deve-se atentar à fronteira entre responsividade democrática e legalidade. Uma vez que, segundo o autor, o que está realmente acontecendo é a alocação do poder de legislar, movimento este que, desde o final da 2ª Guerra Mundial se desloca do legislativo para tribunais e instituições judiciais.

2 IMUNIDADES PARLAMENTARES E A AÇÃO PENAL 937

2.1 HISTÓRICO BRASILEIRO

O histórico brasileiro das imunidades parlamentares data da Constituição Imperial de 1824, cujo intuito de considerar as funções parlamentares e protegê-las se deu a partir da concessão da inviolabilidade por opiniões, palavras e votos proferidos no exercício das funções, bem como da garantia ao parlamentar de não ser preso durante a legislatura, salvo no caso de flagrante de delito de pena capital, por ordem e licença de sua respectiva Câmara (OLIVEIRA, 2016, p. 134-135).

Já na Constituição da República de 1891, manteve-se a imunidade material e a referente à prisão “determinando que os deputados e os senadores não poderiam ser presos nem processados criminalmente sem a prévia licença da casa legislativa de origem, salvo em flagrante de crime inafiançável.”, constituindo assim instrumento de consolidação do regime democrático e da representatividade dos estados membros da Federação (OLIVEIRA, 2016, p. 135).

A Constituição da República de 1891 dispunha sobre as imunidades parlamentares, especificamente em seu art. 19¹⁰ trazia a imunidade material, defendendo que os Deputados e Senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. A imunidade formal, por sua vez, estava disposta no art. 20¹¹ cujo texto descrevia que os Deputados e Senadores, a partir do recebimento do diploma até a nova eleição, não poderiam ser presos ou processados criminalmente, sem licença prévia de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. “Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeteria os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optasse pelo julgamento imediato.” (FERNANDES, 2017, p. 266).

A Constituição de 1934 manteve as garantias anteriores e introduziu mecanismos que possibilitavam a fiscalização das atividades de interesse público, através de comissão de inquérito e investigação¹², buscando afastar antigas doutrinas de permissividade política. O referido diploma inovou ainda ao estender as imunidades material e formal aos suplentes imediatos dos parlamentares em exercício (OLIVEIRA, 2016, p. 137).

A Constituição do Estado Novo, de 1937, caracterizou-se pela grande concentração de poder na figura do presidente, limitando o legislativo pelo esvaziamento de suas funções. “Assim, as garantias legislativas foram relativizadas, e suas funções foram suprimidas, impondo-se uma enorme censura às palavras proferidas pelos parlamentares.” (OLIVEIRA, 2016, p. 138).

A Constituição de 1946 possuía caráter liberal democrático e em busca de rechaçar um novo governo autoritário expandiu as imunidades material e formal, já existentes nas Constituições anteriores a de 1937, implantando procedimento para os casos de flagrante de crime inafiançável. Exigindo a remessa dos autos em 48 horas à respectiva Câmara para decidir sobre o feito em no máximo 120 dias¹³ (OLIVEIRA, 2016, p. 139).

¹⁰ Art. 19. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato (BRASIL, 1891).

¹¹ Art. 20. Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato (BRASIL, 1891).

¹² Art. 36 - A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros. Parágrafo único - Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno (BRASIL, 1934).

¹³ Art. 45. Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

Promulgada em meio à ditadura, a Constituição de 1967 manteve as imunidades material e formal, contudo, na prática, sabe-se que o Comando Militar efetuou prisões políticas de opositores ou de quem resistisse à ordem implantada incluindo os parlamentares. Assim sendo, os legisladores não dispunham de segurança e liberdade para efetivo exercício de suas funções. Nesse período, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 que retirou da prerrogativa vigente até então os crimes de calúnia, difamação e injúria, bem como nos crimes previstos na Lei de Segurança Nacional. Com a Emenda Constitucional n. 11 de 1978 os crimes contra a honra foram removidos ao pretexto de serem conexos aos crimes contra segurança nacional (OLIVEIRA, 2016, p. 140-141).

A Constituição de 1969, também chamada de emenda constitucional de 1969, outorgada pela junta militar que governava o país à época, modificou a presidência do Congresso Nacional, passando do Vice-Presidente da República para o Presidente do Senado Federal. Além disso, reduziu o número de deputados federais e relativizou a imunidade material dos parlamentares (FERNANDES, 2017, p. 281).

A Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos que asseguram as garantias aos parlamentares, que são objeto deste capítulo, em relação à imunidade material temos que a inviolabilidade se aplica também aos deputados estaduais e vereadores¹⁴. No mais, o art. 53 da Constituição Federal dispõe sobre a inviolabilidade penal e civil dos congressistas¹⁵, o julgamento perante o STF a partir da expedição do diploma¹⁶, a impossibilidade de prisão, salvo em flagrante de crime inafiançável¹⁷, sobre a possibilidade de sustação do processo no STF a partir de iniciativa da casa respectiva do parlamentar¹⁸, bem como do esclarecimento que é feito ao afirmar que as imunidades dos congressistas subsistem mesmo em estado de sítio, podendo ser suspensas apenas mediante o voto de dois terços da casa respectiva conforme o procedimento previsto no art. 53, §8º, da CF.

§ 1º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2º A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

§ 3º Em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estiver resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, este será incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (BRASIL, 1946).

¹⁴ Art. 27. § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando- se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Art. 29. VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (BRASIL, 1988).

¹⁵ Art. 53. Caput.

¹⁶ Art. 53, §1º.

¹⁷ Art. 53, §2º.

¹⁸ Art. 53 §§ 3º, 4º e 5º.

Atualmente as imunidades parlamentares encontram-se reguladas pelo estatuto dos congressistas, que se conceitua como conjunto de normas jurídicas que estabelece o regime jurídico de deputados e senadores, sobretudo no que tange aos direitos e imunidades ou aos deveres e impedimentos dos membros do Poder Legislativo (FERNANDES, 2017, p. 981).

Pedro Lenza define que “Imunidades parlamentares são prerrogativas inerentes à função parlamentar garantidoras do exercício do mandato parlamentar, com plena liberdade.” (LENZA, 2016, p. 634). Bernardo Gonçalves Fernandes expõe que “a finalidade das imunidades parlamentares é a proteção da independência do Poder Legislativo em relação aos outros Poderes e frente à própria sociedade, para que o mesmo possa desenvolver suas funções típicas e atípicas de forma adequada.” (FERNANDES, 2017, p. 982).

A atividade do parlamentar deve ser garantida para garantir a instituição, assim são conferidas prerrogativas aos deputados e senadores “com o objetivo de lhes permitir o desempenho livre, de molde a assegurar a independência do Poder que integram.” (TEMER, 2008, p. 131).

“Assim sendo, elas (imunidades) visam ao desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes e, com isso, desenvolve-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, um Poder Legislativo independente reforça o princípio democrático.” (FERNANDES, 2017, p. 982).

2.2 IMUNIDADE MATERIAL OU INVIOABILIDADE PARLAMENTAR

Imunidade material, também chamada de imunidade substancial ou inviolabilidade, é “definida como a subtração (supressão) da responsabilidade civil, penal, disciplinar ou política dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos.” (FERNANDES, 2017, p. 982). Está disposta no art. 53 da Constituição Federal, cuja redação foi modificada pela Emenda Constitucional n. 35 de 2001.

Segundo Nathalia Masson a imunidade material está presente no ordenamento pátrio em desde a Carta do Império, de 1824, sendo que, somente com a Constituição de 1937 sua redação foi limitada. Também chamada de inviolabilidade, imunidade substancial ou real, e prevista no art. 53, CF/88, tem o condão de neutralizar, na esfera penal e civil, a responsabilização do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos (MASSON, 2016, p. 656).

“A inviolabilidade diz respeito à emissão de opiniões, palavras e votos” (TEMER, 2008, p. 131) e visa que os congressistas, ao exercer o mandato legislativo, opinem, discurssem e votem com total liberdade (MASSON, 2016, p. 653).

Para Pedro Lenza a imunidade material é sinônima de democracia, uma vez que representa garantia ao parlamentar de não ser perseguido ou prejudicado por suas atividades e discursos na tribuna, assegurando sua independência em manifestações ou votos (LENZA, 2016, p. 636).

Xavier (2017) coloca que segundo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a imunidade material possui natureza jurídica de causa de atipicidade penal da conduta, de forma a neutralizar qualquer responsabilidade, penal ou civil, pelo uso de suas palavras, desde que *in officio* ou em razão dele, *propter officium*. “Assim, mesmo que um parlamentar esteja fora do Congresso Nacional, mas exercendo sua função parlamentar federal, em qualquer lugar do território nacional estará resguardado, não praticando qualquer crime por sua opinião, palavra ou voto.” (LENZA, 2016, p. 635).

Nesse sentido, a doutrina penal discorre que na disposição dos crimes contra a honra que qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo nestes crimes “Excepcionalmente, entretanto, não podem ser autores de crime contra a honra pessoas que desfrutam de inviolabilidade (senadores, deputados, vereadores, estes nos limites do município em que exerçam a vereança).” (CUNHA, 2016, p. 176).

Em relação ao pronunciamento coberto pela inviolabilidade, deve-se reforçar que este deverá ter sido proferido no exercício do mandato, quando não há relação com o desempenho do mandato não há que se falar em inviolabilidade. A EC n. 35 de 2001 ampliou a inviolabilidade já existente no campo penal para o âmbito civil (TEMER, 2008, p. 131-132).

A imunidade parlamentar, entretanto, não é absoluta, por conseguinte em situações excepcionalíssimas, determinadas opiniões, palavras e votos proferidos podem até caracterizar a prática de crime, já que o direito brasileiro não tolera o *hate speech*. Além disso, é possível que determinada conduta seja acobertada pela imunidade material e apesar disso se caracterize como abuso de prerrogativa, o que pode ensejar na Casa Legislativa respectiva a perda de mandato por quebra de decoro parlamentar (LENZA, 2016, p. 636-637).

2.3 IMUNIDADE FORMAL

As imunidades formais dividem-se em imunidade formal relacionada à prisão e imunidade formal relativa ao processo. Asseguram ao congressista a prerrogativa de não ser,

ou não permanecer, preso, assim como a possibilidade de suspensão do processo penal que esteja em trâmite (MASSON, 2016, p. 657).

A imunidade formal visa proteger o parlamentar contra a prisão nos crimes praticados após a diplomação, e ainda torna possível a sustação do processo perante o Supremo Tribunal Federal. Subdivide-se em imunidade formal relativa à prisão e imunidade formal relativo ao processo. A imunidade relativa à prisão possui como marco temporal a expedição do diploma, nos termos do art. 53, § 2º da CF (OLIVEIRA, 2016, p. 145-146).

2.3.1 Imunidade formal relativa à prisão

A imunidade formal relacionada à prisão, está disposta no art. 53, § 2º, CF/88, chamada também de relativa incoercibilidade pessoal, não irá excluir o crime, mas consiste na impossibilidade do parlamentar federal ser preso, exceto em flagrante de crime inafiançável¹⁹. Portanto, a partir da expedição do diploma o parlamentar não poderá ser submetido a nenhuma das prisões processuais, prisão preventiva ou temporária. Nesse sentido, caso efetuada a prisão em flagrante de parlamentar pela prática de crime inafiançável a Casa Legislativa respectiva deverá ser comunicada, dentro do prazo de 24 horas para deliberar, por maioria de seus membros, se mantém ou rechaça a prisão (MASSON, 2016, p. 657).

Ressalta-se que, tal imunidade não se estende a prisão decorrente de sentença judicial condenatória irrecorrível. O plenário do Supremo Tribunal Federal se posicionou nesse sentido no julgamento da Questão de Ordem da Ação Penal 396 Rondônia, assim a imunidade prevista no art. 53, §2º, da CF, refere-se “a prisão, a que se refere o dispositivo constitucional, é a prisão de natureza cautelar, não a decorrente de sentença condenatória definitiva, transitada em julgado” (BRASIL, 2013).

Nathália Masson também discorre sobre o tema, afirmando:

O STF consignou ser possível a prisão do parlamentar federal também em decorrência da prolação de sentença condenatória. Isso porque no contexto normativo delineado pela Constituição, a garantia jurídico-institucional da imunidade parlamentar formal relativa à prisão não obsta, observado o devido processo legal, a execução das penas privativas de liberdade definitivamente impostas a um membro do Congresso Nacional (MASSON, 2016, p. 707).

Contudo, nos autos da Ação Cautelar nº 4039, o Ministro Teori Zavascki decretou a prisão cautelar do então senador Delcídio do Amaral, e mais três investigados, na chamada “Operação Lava Jato”. Tal prisão foi referendada pela segunda turma do STF, que construiu

¹⁹ Crimes inafiançáveis: (i) racismo – Art. 5º, XLII, CF/88; (ii) os hediondos e assemelhados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo) - Art. 5º, XLIII, CF/88; (iii) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito – Art. 5º, XLIV, CF/88. Art. 323 do Código de Processo Penal.

uma tese para justificar a prisão cautelar do parlamentar, mesmo em crime não previsto expressamente no rol de infrações penais inafiançáveis (XAVIER, 2017).

No caso, foi imputado ao senador o crime de integrar organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13) e embarçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, §1º, da Lei 12.850/13). Assim, apoiados no entendimento de parcela da doutrina, o crime de “integrar” organização criminosa é permanente, o que, portanto, autorizaria a prisão em flagrante a qualquer momento, enquanto não cessada a permanência (XAVIER, 2017).

Nesse sentido, o STF entendeu que o senador estava em estado de flagrância delitiva no referido crime. Mesmo não sendo este crime inafiançável previsto na CF de forma que, tecnicamente, não seria autorizada a detenção cautelar do parlamentar neste cenário, pois, no gozo de suas atribuições um senador da república goza de sua imunidade congressional que veda esse tipo de prisão (XAVIER, 2017).

Os ministros do STF partiram do seguinte entendimento que os crimes inafiançáveis, para fins de exceção a imunidade parlamentar, não são apenas os previstos no art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF e no art. 323 do CPP, mas também os crimes em que, na situação fática, estejam presentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva, pois, em casos tais, também serão considerados inafiançáveis, visto que impassíveis de concessão de fiança, conforme dispõe o art. 324, do CPP²⁰ (XAVIER, 2017).

Com isso, foi autorizada a prisão do parlamentar, pois a prisão em flagrante pela prática de crime que é inafiançável está prevista no art. 53, §2º, da CF (XAVIER, 2017).

2.3.2 Imunidade formal relativa ao processo

As regras específicas para o processamento de parlamentares estão previstas no art. 53, §1º e seguintes da CF, e estabelecem que, desde a expedição do diploma, Deputados Federais e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (XAVIER, 2017).

Atualmente a imunidade formal em relação a processo se traduz na mera possibilidade de sustação, pela casa respectiva, da ação penal em face de deputado ou senador por crimes praticados pelos mesmos após a diplomação (FERNANDES, 2017, p. 999).

Tal imunidade foi sensivelmente modificada pela EC 35 de 2001, pois antes dessa o STF só poderia iniciar o processo criminal contra parlamentar caso fosse concedida uma

²⁰ Art. 324. CPP. Não será, igualmente, concedida fiança: [...] IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

licença pela respectiva casa legislativa. Portanto, apesar do parlamentar poder ser processado, era necessária deliberação prévia de seus pares concedendo uma licença permissiva, o que produzia um senso de impunidade (MASSON, 2016, p. 663-664).

O poder constituinte reformador de 2001 pôs fim a exigência de prévia autorização, sendo que a partir de sua publicação o STF passou a poder receber a denúncia ou queixa-crime e iniciar a ação penal. Então a imunidade formal relativa ao processo hoje se resume na possibilidade de sustação do processo no STF mediante a provocação por parte de um partido político, com representação na respectiva casa, à mesa da casa. A mesa da casa legislativa não poderá agir, somente podendo agir mediante provocação, após terá 45 (quarenta e cinco) dias, improrrogáveis para colocar o pedido de sustação em votação aberta e nominal. O quórum necessário para sustar a ação é o de maioria absoluta, e quando alcançado será suspensa a ação penal, bem como a prescrição punitiva (FERNANDES, 2017, p. 1000).

A imunidade formal relativa ao processo só se dá em crimes ocorridos após a diplomação, isso porque a natureza de tal prerrogativa visa a proteção do poder legislativo e não dos parlamentares em suas relações privadas, criando privilégios pessoais. A relação jurídica entre o congressista e seu eleitorado ocorre com a diplomação, portanto, não há que se falar em sua incidência antes disso (MASSON, 2016, p. 665).

A súmula 245 do STF dispõe “A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.” (BRASIL, 1963) e se aplica a hipótese da imunidade formal relativa ao processo, portanto caso haja a sustação da ação penal em relação ao réu parlamentar, o processo deverá ser desmembrado e seguir seu trâmite no juízo competente para julgamento em relação aos demais réus (MASSON, 2016, p. 665).

Em 2007 o Supremo Tribunal Federal anulou o indiciamento contra o Senador Aloísio Mercadante realizado pela Polícia Federal em razão do mesmo deter o foro por prerrogativa de função perante o STF, assim o tribunal posicionou-se no sentido de que qualquer indiciamento de deputados ou senadores exige autorização do STF (FERNANDES, 2017, p. 1001).

2.4 A AÇÃO PENAL 937

A Ação Penal 937 do Rio de Janeiro foi proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral) (BRASIL, 2018).

À época da denúncia, o réu ocupava o cargo de prefeito e, portanto, possuía foro por prerrogativa de função no Tribunal Regional Eleitoral. Nas eleições municipais de 2008, segundo a denúncia, o réu teria angariado votos para se eleger Prefeito de Cabo Frio, por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e distribuição de carne aos eleitores (BRASIL, 2018).

O Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ) do Rio de Janeiro recebeu a denúncia em 30 de janeiro 2013. Contudo, com o encerramento do mandato na prefeitura de Cabo Frio, o Tribunal Regional Eleitoral declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro (BRASIL, 2018).

Com a tramitação em primeira instância, o mesmo Tribunal Regional Eleitoral, em sede de habeas corpus, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, uma vez que, à época, o acusado já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função (BRASIL, 2018).

Diante da decisão proferida no HC, o juízo eleitoral de 1ª instância proferiu, então, nova decisão de recebimento da denúncia em 14 de abril de 2014 e realizou a instrução processual, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu. Após o encerramento da instrução na 1ª instância, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defesa, apresentaram suas alegações finais (BRASIL, 2018).

Entretanto, em razão da diplomação do réu, em 10 de fevereiro de 2015, como Deputado Federal, o juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 24 de abril de 2015. Marcos da Rocha Mendes, o réu, que era o primeiro suplente de deputado federal de seu partido e passou a exercer o mandato em razão do afastamento dos deputados eleitos (BRASIL, 2018).

Em 14 de abril de 2016, Marcos da Rocha Mendes se afastou do mandato, pois os deputados eleitos reassumiram seus cargos. Entretanto, cinco dias depois, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Neste mesmo ano, na data de 13 de setembro, assumiu efetivamente o mandato de deputado federal, em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha (BRASIL, 2018).

Por fim, o réu, Marcos da Rocha Mendes, foi novamente eleito prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de deputado federal para assumir o cargo na prefeitura, em 1º de janeiro de 2017 (BRASIL, 2018).

2.4.1 Ementa

Durante o processamento da Ação Penal 937 no STF e em virtude do curso do referido processo: justiça eleitoral na primeira e segunda instância e, por fim, no Supremo Tribunal Federal foi suscitada Questão de Ordem pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2018).

A Questão de Ordem demandou a manifestação do plenário do Supremo Tribunal Federal em duas questões principais e relevantes para o Ministro Relator Luís Roberto Barroso: (1) possibilidade de restringir as normas da Constituição federal de 1988 sobre o foro por prerrogativa de função através da interpretação pelo tribunal e (2) a necessidade de delimitar um marco temporal que defina a competência para processar e julgar ações penais, em qualquer órgão (AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018).

Em relação ao primeiro ponto, busca-se limitar a competência jurisdicional originária do STF para as acusações de crimes cometidos simultaneamente: (i) no exercício do cargo, após a diplomação, para os parlamentares; ou após a investidura no cargo, para outras autoridades; e, também, (ii) em razão do cargo, ou seja, que guardem conexão direta ao desempenho deste. Quanto ao segundo ponto, objetiva-se definir um momento processual a partir do qual a competência se fixa até o julgamento da ação penal.

Esta restou ementada:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF

realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.

Dentre os argumentos levantados pelo Ministro Relator, que serão pormenorizados na sequência, destacam-se as disfuncionalidades práticas, o que chama de ‘sobe e desce processual’, que frustra a aplicação do direito e pode gerar a prescrição punitiva. Dispõe que, a Constituição Federal de 1988 possui um conjunto amplíssimo de autoridades que detém o foro por prerrogativa de função, cuja extensão não se compara aos diplomas brasileiros anteriores e não encontra paralelo em outras democracias consolidadas a nível interacional.

Argue o abarrotamento da Suprema Corte brasileira em razão da tramitação excessiva de processos devido ao foro especial, o que afasta o tribunal de sua verdadeira função de tribunal constitucional, tornando-se por isso um tribunal criminal de primeiro grau.

Por fim, releva dois pontos de caráter processual, para reforçar seu apelo, a ausência de duplo grau de jurisdição nos casos de competência originária da corte e o princípio da identidade física do juiz.

O próximo ponto irá apresentar o resultado do julgamento para posterior análise dos argumentos levantados pela relatoria e dos pontos de divergência na decisão do plenário.

2.4.2 O julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, que o foro por prerrogativa de função deve ser restrito aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. O julgamento de questão de ordem na Ação Penal (AP) 937 foi concluído na sessão ocorrida em 03.05.2018. O novo entendimento deverá ser

aplicado aos processos em curso, ficando resguardadas as decisões do tomadas com base na jurisprudência anterior, tanto pelo STF quanto por juízes de outras instâncias (AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 03.05.2018).

O voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, prevaleceu na votação sendo acompanhado integralmente pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, presidente da Corte, e os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, assim por maioria dos votos o tribunal resolveu questão de ordem no sentido de fixar as teses:

- i. O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e
- ii. Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

A divergência dos demais ministros dividiu-se entre os pontos da tese acima descrita. O ministro Marco Aurélio acompanhou em parte o voto do relator, concordando com o item (i), mas divergindo quanto à perpetuação do foro, no item (ii), para ele, caso a autoridade deixe o cargo, a prerrogativa cessa e o processo deve permanecer em definitivo na primeira instância da Justiça.

Os ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, por outro lado, concordaram com o ministro relator na tese (ii), contudo, em relação à tese (i), reconhecem a competência do STF para julgamento de parlamentares federais nas infrações penais comuns, após a diplomação, independentemente de ligadas ou não ao exercício do mandato.

Os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes deram maior extensão à matéria e fixaram a competência de foro prevista na Constituição Federal não somente para os parlamentos, mas também para os demais cargos com foro privilegiado, exclusivamente para crimes praticados após a diplomação ou a investidura, independentemente do ilícito guardar relação com o exercício da função pública em questão.

Em voto reajustado, o Ministro Dias Toffoli determina os seguintes pontos:

- a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à

diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal (BRASIL, 2018).

O Ministro Gilmar Mendes por sua vez, acompanha os pontos relacionados por Dias Toffoli e acresce a proposta de edição de súmula vinculante para considerar inconstitucionais dispositivos de constituição estadual que estendam a prerrogativa de foro a autoridades em cargo similar ao dos parlamentares federais. Segundo ele, as consequências da nova interpretação acerca do foro por prerrogativa de função devem ser estendidas aos ministros do Supremo e membros do Ministério Público Federal, inclusive, declarando-se inconstitucionais todas as normas que dão prerrogativas aos membros do Judiciário e do MP (BRASIL, 2018).

Por fim, com o encerramento da votação e, portanto, do julgamento da questão de ordem, ministros determinaram a baixa dos autos da Ação Penal 937 ao juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, uma vez que o crime imputado a Marcos da Rocha Mendes não foi cometido durante seu mandato como deputado federal, e ainda, o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, além do que a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, somente após houve o deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, sendo o julgamento foi suspenso.

No caso atuaram: pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; e, pelo réu, Marcos da Rocha Mendes, o Dr. Carlos Magno Soares de Carvalho.

2.4.3 Princípio da simetria: a aplicação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça

No julgamento da Ação Penal 866 do Distrito Federal, em tramitação perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, aplicou-se à luz do princípio da simetria o novo entendimento consolidado na QO na AP 937 RJ. Poucos dias após o fim do julgamento no STF, em 07 de maio de 2018.

A Ação Penal 866 do DF trata de:

denúncia em face de RICARDO VIEIRA COUTINHO, atual Governador do Estado da Paraíba, pela suposta prática de 12 (doze) crimes de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, inciso XIII, do DL 201/67), decorrente da nomeação e admissão de servidores contra expressa disposição de lei, ocorridos entre 01.01.2010 e 01.02.2010, quando o denunciado exercia o cargo de Prefeito Municipal de João

Pessoa/PB, ou seja, delitos que, em tese, não guardam relação com o exercício, tampouco teriam sido praticados em razão da função pública atualmente exercida pelo denunciado como Governador (BRASIL, 2018).

Assim, o Ministro Luis Felipe Salomão em atenção ao princípio da simetria, segundo o qual os Estados são obrigados a se organizarem de forma simétrica à prevista para a União, afinal, de acordo com o art. 25 da CF/1988, "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição" (BRASIL, 2018).

Nessa conformidade, reconhecida a inaplicabilidade da regra constitucional de prerrogativa de foro ao presente caso, por aplicação do princípio da simetria e em consonância com a decisão da Suprema Corte antes referida, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para distribuição a uma das Varas Criminais da Capital, e posterior prosseguimento da presente ação penal perante o juízo competente (BRASIL, 2018).

Portanto, temos a aplicação do novo entendimento consolidado na Ação Penal 937 ao foro por prerrogativa de função de membro do poder executivo, neste caso um governador de estado.

3 ATUAÇÃO JUDICIAL E AS PERSPECTIVAS DEMOCRÁTICA E REPRESENTATIVA

3.1 RESTRIÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A ARGUMENTAÇÃO DO MINISTRO RELATOR NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na Ação Penal 937 do Rio de Janeiro, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso suscitou questão de ordem para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre duas questões relevantes. A primeira, segundo o relator, refere-se à (1) possibilidade de restringir as normas da Constituição federal de 1988 sobre o foro por prerrogativa de função através da interpretação pelo tribunal. Na prática, limitar-se-ia a competência jurisdicional às acusações por crimes que tenham sido cometidos, simultaneamente: (i) no exercício do cargo, após a diplomação, para os parlamentares; ou após a investidura no cargo, para outras autoridades; e, também, (ii) em razão do cargo, ou seja, que guardem conexão direta ao desempenho deste. A segunda questão relevante diz respeito à (2) necessidade de delimitar um marco temporal que defina a competência para processar e julgar ações penais, em qualquer órgão. Após tal definição, a competência não seria mais afetada com a investidura, ou desinvestidura, do acusado. Em síntese, definir um momento processual a partir do qual prorrogar-se-á a competência até o julgamento da ação penal, independente do status ou cargo do réu.

Para isso, o Ministro relator levanta as disfuncionalidades práticas do foro privilegiado como, a exemplo do caso em vislumbre, o ‘sobe e desce’ processual, que frustra a aplicação do direito, e ainda pode gerar a prescrição punitiva.

O Ministro Barroso ao dispor sobre a extensão do foro privilegiado no texto constitucional (PARTE I – II do voto) declara que a Constituição Federal de 1988 dispõe um conjunto amplíssimo de autoridades que detém o foro por prerrogativa de função, cuja extensão não encontra paralelo em nenhuma outra constituição brasileira anterior ou em países estrangeiros. Argumenta que, em que pese o instituto ter sido disposto em constituições brasileiras anteriores, o rol tem se ampliado significativa e progressivamente até a atual disposição. Ressalta ainda que, os membros do Congresso Nacional apenas passaram a deter o foro especial com a Carta de 1969, promulgada durante a ditadura militar.

Nesse sentido, o relator discorre que a ausência de comparação a qualquer outra democracia consolidada não ocorre somente no número de autoridades contempladas, mas na quantidade dos ilícitos abrangidos. Cita países onde o foro especial sequer existe como: Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá. E, nos quais ele existe o número de autoridades contempladas é ínfimo, como: Itália, apenas com o presidente da república; na França, apenas para os membros do governo, Ministros e Secretários de Estado; e Portugal, com três autoridades contempladas Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-ministro. Destaca-se que, a Espanha é mencionada como, possivelmente, a democracia avançada com maior número de hipóteses de foro especial, com Presidente e membros do governo perante o Tribunal Supremo, e admite-se, também, a previsão infraconstitucional de outras hipóteses de foro privilegiado.

Atualmente, segundo entendimento extraído da interpretação literal do texto constitucional, o acusado será processado e julgado originalmente por um juízo de instância superior mesmo que o crime imputado não guarde conexão com a função desempenhada. Novamente, o relator reforça que, no direito comparado, a prerrogativa de foro vem sempre conectada com o fato de o ilícito ser praticado no exercício das funções, a exemplo do que ocorre em países como Portugal, França e Holanda.

Ao tratar da disfuncionalidade do foro privilegiado (PARTE I – III do voto), o Ministro relator discorre sobre como o foro privilegiado em sua atual configuração acarreta consequências, segundo ele, graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal. A primeira consequência é que o julgamento de tais ações afastaria o Tribunal de seu verdadeiro papel, o de suprema corte, e tornando-o um tribunal criminal de primeiro grau.

Utilizando o exemplo do julgamento da Ação Penal 470, mais conhecida como mensalão, que ocupou 69 sessões no STF.

Argumenta inclusive que tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para tratar de teses jurídicas e não para o julgamento de fatos e provas. Sendo que, os juízos de primeiro grau possuem melhores condições para conduzir a instrução penal. O que leva a segunda consequência indesejável, que o Tribunal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com celeridade os casos, causando congestionamento dos tribunais, com a tramitação morosa dos processos, julgamentos raros e condenações mais ainda.

Por outro viés, apresenta a positivação do princípio da identidade física do juiz, no direito processual penal através da lei 11.719/2008. Alegando que, embora tal regra não seja absoluta, o legislador ao determinar que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” faz clara opção por valorizar o contato pessoal do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal. Ênfase aqui em uma opção legislativa infraconstitucional, para afastar a aplicação da opção feita pelo constituinte originário, cuja disposição não deixou margem interpretativa.

Para finalizar a argumentação da primeira parte de seu voto, o relator traz à baila a ausência de duplo grau de jurisdição nas ações que tramitam originalmente no Supremo Tribunal Federal, pois estas acabam sujeitas a um julgamento de instância única. O ministro Luís Roberto Barroso cita tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos quanto o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, ambos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário e, portanto, possuem status supralegal no ordenamento jurídico pátrio. Os tratados asseguram o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, devendo assim o tribunal atentar para a realização máxima do duplo grau de jurisdição. Ressalta-se que, neste ponto, a fixação da competência em definitivo após a instrução penal e a restrição dos casos àqueles que guardam relação ao exercício da função, em nada irá afetar. Uma vez que, ao fixar a competência originária do STF continua com a problemática do julgamento em instância única.

Dispõe sobre a necessidade de interpretação restritiva do sentido e alcance do foro por prerrogativa de função, (PARTE II do voto), pois “Os problemas e disfuncionalidades associados ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional” (BRASIL, 2018), de modo a compatibilizar com os princípios constitucionais da CF de 1988.

A limitação do alcance do foro especial aos crimes praticados durante o exercício funcional e que sejam diretamente relacionados às funções desempenhadas é, desse modo, mais condizente com a exigência de assegurar a credibilidade e a efetividade

do sistema penal. Além disso, tem a aptidão de promover a responsabilização de todos os agentes públicos pelos atos ilícitos praticados, em atenção ao princípio republicano. [...] Assim, a capacidade de o Tribunal desempenhar devidamente suas atribuições, com a qualidade e a rapidez desejadas, não pode ser desconsiderada na definição do alcance das competências jurisdicionais que instituem o foro privilegiado (BRASIL, 2018).

Atualmente, a disposição do foro por prerrogativa de função atenta contra os princípios da igualdade e da república, segundo o relator, pois confere “um privilégio a um número enorme de autoridades, sem fundamento razoável” (BRASIL, 2018). Cita o autor Carlos Maximiliano para falar da aplicação da diretriz hermenêutica de interpretação restritiva das exceções com o postulado da unidade da Constituição e do reconhecimento de uma hierarquia material ou axiológica entre as normas constitucionais. Nas palavras do relator “Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais” (BRASIL, 2018).

De maneira a reforçar o argumento de que a interpretação restritiva da Constituição é possível, o ministro relator traz precedentes da corte, nos quais já havia ocorrido a interpretação restritiva do sistema de imunidades disposto na Constituição. Na Questão de Ordem levantada no Inquérito 396 de 1989, sob a relatoria do Ministro Octavio Galotti, restringiu-se a imunidade material disposta no art. 53, caput, da CF, conferindo proteção apenas aos casos cujo nexos de implicação recíproca esteja guardado ao ofício congressional. Citou também caso mais recente, do ano de 2009, no qual o Ministro Celso de Mello assinala que a prerrogativa institucional da imunidade material só assegura proteção ao parlamentar quando as palavras e opiniões tenham sido proferidas “no exercício do mandato ou em razão deste” (BRASIL, 2018).

Em relação à imunidade formal, a redação originária da Constituição Federal de 1988 foi modificada através de Emenda Constitucional n. 35/2001. Modificação esta, realizada em dois pontos, primeiramente o procedimento de licença prévia da Casa Parlamentar foi retirado, passando a tramitar o processo de maneira regular perante o STF, e com a possibilidade de a respectiva Casa sustar o andamento da ação. Em segundo, a imunidade processual foi limitada aos crimes cometidos após a diplomação, conforme a redação atual do art. 53, §3º, da CF, e permitindo que processos em tramitação anterior à diplomação prosseguissem.

Segundo o relator “não há qualquer impedimento para que o Supremo Tribunal Federal interprete de forma restritiva as normas constitucionais que instituem o foro privilegiado” (BRASIL, 2018). Ele afirma que “é possível fazer uma ‘redução teleológica’

das mesmas para que sejam interpretadas como aplicáveis somente aos crimes praticados no cargo e em razão dele.” (BRASIL, 2018). A redução teleológica consiste em “reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma.” (BRASIL, 2018). Questiona-se aqui qual é a finalidade da norma e quem a define, a legitimidade ativa do Supremo Tribunal Federal para resguardar o conteúdo da Constituição Federal passa a obter novos contornos, em virtude da mutação constitucional vislumbrada, pois restringe o escopo da norma, determina novos sentidos e finalidades para a mesma, literalmente deixando de lado a intenção do texto constitucional. É o caso claro do poder judiciário se imergir no legislativo e ativamente moldar a norma naquilo que lhe parece conveniente.

O Ministro Relator entende ser possível e desejável extrair cláusulas de exceção implícitas para concretizar o fim e o sentido da norma, e do sentido normativo em geral, e ainda atribuir uma interpretação restritiva com base na teleologia e demais institutos de interpretação constitucional. Reforça tal argumento com precedentes da Corte que incluíram cláusulas de exceção que reduzem o alcance da norma, bem como, na prática, redesenham a competência originária da própria corte, a exemplo da ADI 2797.

Ressalta que, quase nenhuma competência jurisdicional prevista na Constituição permanece imune às interpretações limitadoras no STF, a exemplo do caso da limitação pelo tribunal da competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade apenas sobre leis posteriores à Constituição, consolidando o entendimento que leis ou atos normativos anteriores e incompatíveis com esta ficam revogados (ADI 521, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.02.1992). Ou quando restringiu sua competência processar e julgar causas e os conflitos entre a União e os Estados apenas que podem afetar o pacto federativo, afastando as demais hipóteses (ACO 359-QO; ACO 1048-QO; ACO 1295-AgR-Segundo).

No intuito de respaldar a interpretação restritiva proposta em seu voto, o ministro relator traz alguns precedentes, dentre inúmeros da corte, que demonstram a prática reiterada de redução teleológica do escopo das competências originárias do Supremo Tribunal Federal, sendo que, nos casos relatados não havia sequer a violação a princípios estruturantes da ordem constitucional, como no caso aqui estudado, segundo ele, os já citados princípios da república e da igualdade. Basicamente, o argumento pode ser resumido em: a corte o vem fazendo há anos, por isso, segundo ele, não há qualquer impedimento para fazê-lo mais uma vez.

Ao discorrer sobre a necessidade de fixação definitiva da competência após o final da instrução processual (Parte III do voto), sugere-se a adoção de um marco temporal processual, para fixar a competência de processar e julgar a ação penal seja no STF ou qualquer outro órgão jurisdicional, independente do acusado vir a ocupar novo cargo, com ou sem foro especial. A tramitação processual com frequentes deslocamentos prejudica a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema processual, segundo o relator, além do que possibilita a tentativa de manipulação da jurisdição pelos réus. Assim, propõe que ao final de instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais a competência do juízo seja prorrogada em todos os graus de jurisdição.

Como regra, segundo o relator, não se admite a prorrogação de competências constitucionais, contudo, existem exceções criadas pelas cortes do STF e STJ, baseadas na preservação da efetividade e racionalidade. Ilustra citando caso, também de sua relatoria, no qual restou decidido que proferido o primeiro voto em julgamento de apelação criminal no Tribunal de Justiça, o exercício superveniente de mandato parlamentar não justifica o deslocamento da competência para o STF, mesmo que antes da conclusão do julgamento (AP 634 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.02.2014).

Destacam-se ainda outros dois casos trazidos no voto, o primeiro citado foi a Ação Penal 396, na qual o réu Natan Donadon renunciou ao mandato legislativo à véspera do julgamento, e, segundo o entendimento da corte, tal renúncia foi “utilizada como subterfugio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas”, justificando assim a manutenção da competência pelo STF (AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.10.2010). No segundo caso, na questão de ordem levantada na Ação Penal 606, estabeleceu-se a presunção relativa de que a renúncia apresentada após o fim da instrução processual é abusiva, e não acarreta a perda de competência do STF (AP 606 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 12.08.2014).

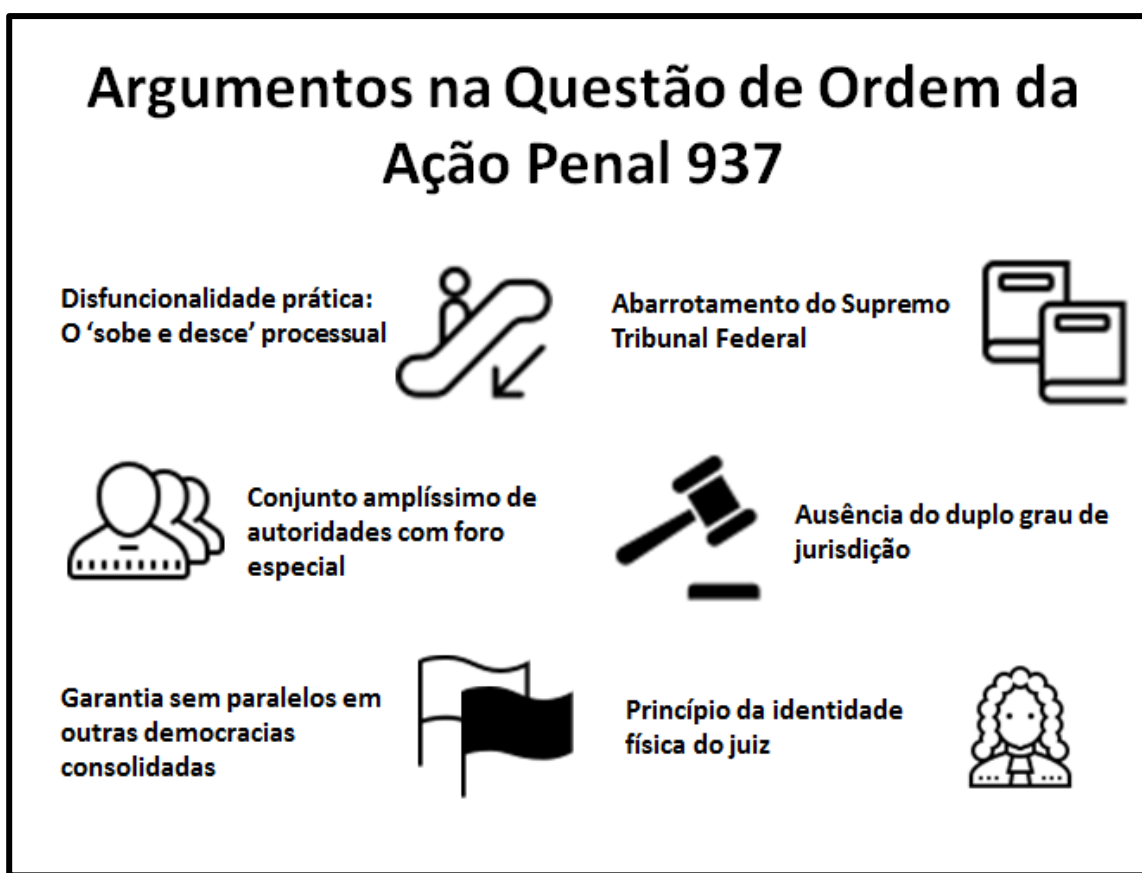
Desse modo, a fim de preservar a eficácia e a racionalidade da prestação jurisdicional, e considerando que a corte do STF ainda não havia se manifestado no sentido de fixar um marco temporal objetivo para fixação da competência, o relator propõe que se fixe o fim da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de razões finais, como marco temporal objetivo para extensão da competência do juízo para julgamento da ação penal em curso, em todos os graus de jurisdição, mesmo que o acusado passe a ocupar ou desocupe cargo com foro especial.

Após considerar a argumentação do Ministro Relator em seu voto, cabe citar a afirmação da vulnerabilidade do *judicial review* por Jeremy Waldron:

Ele não fornece, como frequentemente alega, uma maneira pela qual a sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, **ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação**. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos de um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos (WALDRON, 2010, p. 98).

O que Waldron afirma fica evidente quando os argumentos utilizados para fundamentar a decisão são sintetizados, conforme o apresentado na Figura 1.

Figura 1: Síntese da argumentação Ministro Relator Luís Roberto Barroso.



Fonte: elaboração da autora (2018)

Nota-se que a argumentação, sintetizada na Figura 1, que justifica a decisão é variada e a legitimidade da corte sequer é questionada. As denominadas disfuncionalidades práticas como a tramitação processual que circula por diferentes instâncias ou mesmo o abarrotamento da Corte em suas competências, que torna a tramitação morosa e pouco efetiva, trazendo desprestígio ao STF, nas palavras do relator. Questiona-se aqui se todas as cortes do país pudessem modificar suas competências de modo a diminuir sua jurisdição, a ponto de os processos por si apreciados serem restringidos, teríamos certamente um judiciário mais eficaz.

Contudo, em algum ponto, a partir do momento em que as competências são modificadas e declinadas a outros juízos, algum órgão ficará sobrecarregado, neste caso o primeiro grau de jurisdição provavelmente assumirá a maior parcela.

Em relação ao argumento de que o conjunto de autoridades abarcadas no foro por prerrogativa de função no modelo brasileiro é imenso e que não há paralelo em outras democracias consolidadas, deve-se questionar que do ponto de vista do direito comparado contrapor realidades de diferentes nações demanda uma série de critérios e de cautela, uma vez que inúmeros fatores influenciam a tradição jurídica de um país, sua história, seu território, sua localização, guerras, colonização, dentre outros. É muito simplista e frágil argumentar que em tantos outros países tal disposição não ocorre, o que se pode destacar, entretanto, é que no Brasil o instituto do foro por prerrogativa de função está disposto como garantia constitucional desde a Constituição Imperial de 1824, desde então sofreu modificações ampliativas e restritivas, reformulações, etc. Não se busca aqui defender o instituto da maneira como está posto ou declarar que não se pode ou deve repensá-lo, mas sim depreender que a maneira como se deu tal modificação fere os princípios da separação de poderes, republicano e democrático, e traz grande insegurança jurídica a todo o ordenamento pátrio.

A utilização de meios controvertidos, como o da prática da mutação constitucional, evidencia que o momento político atual favorece mudanças por meios em que estas efetivamente ocorram. Contudo, delineamos um cenário de um jogo com regras, que durante a partida podem ser modificadas conforme a vontade de quem detém poder político e social. Atualmente, o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal detém tal poder e prestígio social de maneira a obter permissividade de uma sociedade em desalento com o país.

No que tange à argumentação da ausência de duplo grau de jurisdição nas ações de competência originária da corte, tal problemática não será resolvida, a nova interpretação do foro por prerrogativa de função não modifica tal questão. Já quanto ao princípio da identidade física do juiz, arguido no voto, é possível frisar que se trata de princípio previsto em legislação ordinária versus a disposição constitucional que regula o foro por prerrogativa de função. Como se bem sabe em caso de conflito entre a legislação constitucional e a infraconstitucional prevalece o conteúdo da Constituição, em que pese não ser o caso de confronto, apenas um argumento levantado.

Por fim, elucida-se que não se buscou rebater todos os pontos abordados na decisão paradigma deste trabalho, mas sim sintetizá-los, formular considerações e questionamentos da maneira como foram postos para permitir uma reflexão crítica de seu conteúdo e passar ao

próximo ponto que aborda a legitimidade ativa da Corte ao promover tal inovação no texto constitucional.

3.2 VOTOS DA DIVERGÊNCIA

Após analisar os pontos levantados pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso passo à análise dos votos dissidentes, cujo conteúdo contrapõe alguns dos dados levantados pela relatoria e com isso podem alimentar a discussão proposta neste trabalho.

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto comentando sobre a natureza e finalidade da questão de ordem dentro de um julgamento. Segundo ele, o mecanismo deve operar no sentido de resolver questões processuais ou procedimentais atinentes ao caso, e não para viabilizar discussões sobre o mérito da causa ou matérias doutrinárias complexas como no caso em questão, afirmando ainda que o fenômeno da mutação constitucional é controvertido.

Pelo que foi acima exposto o ministro afirma que tal via não se presta à finalidade de fixar restritivamente normas que regulamentam o foro especial pelo exercício de determinadas funções, instituído pelo constituinte, fundado na letra expressa da Constituição Federal e, até então, pacífica na jurisprudência do STF.

O Ministro Alexandre de Moraes criticou justamente o alcance que a questão de ordem obteve, tomando contorno próprio do rito de repercussão geral ou da edição de súmulas vinculantes. Em se tratando dos diversos mecanismos que a jurisdição constitucional do STF dispõe para escolha, instrução e debate de casos-paradigma e teses de eficácia *erga omnes*, o ministro dispõe que os diversos mecanismos de cautela servem como relevantes fatores de legitimação democrática, o que não ocorre na questão de ordem examinada. Afirma ainda que é inapropriado a Corte prescindir dos demais ritos que possui para lançar tese de tamanho alcance em sede processual limitada como a questão de ordem.

O Ministro Ricardo Lewandowski, já discorrendo sobre a matéria do caso, transcreveu fala do Ministro Néri da Silveira, que "o foro especial por prerrogativa de função, como a própria expressão bem define, busca resguardar a função pública e está fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação" (BRASIL, 2003).

Em relação à morosidade das ações em trâmite no STF, o Ministro Ricardo Lewandowski discorre que se há algum tipo de limitador ao ritmo de tramitação das ações penais na Suprema Corte este é de natureza processual, mais precisamente no rito imposto pela Lei 8.038/1990. Não tendo, portanto, nenhuma conexão com ordem material, com seus membros e muito menos com o foro por prerrogativa de função.

Já o Ministro Dias Toffoli abordou que, em sua opinião, não há margem para a interpretação restritiva pretendida sobre a prerrogativa de foro. Uma vez que tal restrição, aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele, enseja colisão com o conteúdo da norma constitucional. Segundo ele, todos os crimes, independente do momento de sua prática, devem ser julgados pelo STF, desde que o parlamentar esteja no exercício do mandato, entendimento contrário importaria em esvaziar o conteúdo do art. 53, §3º, da CF.

Reflete em seu voto a preocupação com a possibilidade de um parlamentar federal no exercício do mandato estar sujeito a inúmeras medidas restritivas de direitos fundamentais determinadas por juízos de primeiro grau, tais como busca e apreensão domiciliar, levantamento de sigilo de dados e interceptação de conversas telefônicas.

Assim, o Ministro Dias Toffoli rejeita parcialmente a primeira tese proposta pelo relator, tomando em contrapartida a proposta intermediária feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, adotando como marco constitucional da diplomação do parlamentar, independente da natureza do crime guardar conexão com o exercício das funções.

Aborda em seu voto também a inconstitucionalidade da previsão da prerrogativa de foro nas constituições estaduais. Fixou por fim as duas teses:

- i) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; e ii) estabelecer que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, do mandato parlamentar ou da função pública que atraia a causa penal à Suprema Corte após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação penal (BRASIL, 2018)























Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes afirma categoricamente que cabe ao legislativo "o papel de rever más escolhas do constituinte originário, reequilibrando as forças sociais." (BRASIL, 2018). Estando neste caso o STF reescrevendo a Constituição Federal, ao invés de interpretá-la. Segundo ele, no caso não há uma mutação constitucional, mas sim uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição.


Para ele, deve haver a pronúncia da inconstitucionalidade de todas as prerrogativas processuais, inviolabilidades e imunidades em geral, deferidas a ocupantes de cargos públicos, não somente aquelas provindas da Constituição Federal, segundo o Ministro Gilmar Mendes não há ponto a discussão quanto ao foro por prerrogativa de função apenas de cargos eletivos. Propõe ainda a edição de súmula vinculante que invalide as normas em constituições estaduais que forneçam prerrogativa de foro, com redação sugerida de “É inconstitucional o dispositivo de Constituição Estadual que disponha sobre a competência do Tribunal de Justiça


para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal” (BRASIL, 2018). Caso acolhida a questão de ordem, segundo Gilmar Mendes, deve ser ainda pronunciada a inconstitucionalidade das prerrogativas e inviolabilidades de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e de Ministros de Estado.

Na Figura 2 é apresentado o resultado da votação na Questão de Ordem na Ação Penal 937, que resultou no novo entendimento acerca do foro por prerrogativa de função.

Figura 2: Julgamento da Questão de Ordem Ação Penal 937 no plenário do STF.

	tese (i)	tese (ii)
MIN RELATOR		
Min. Rosa Weber		
Min. Cármen Lúcia		
Min. Edson Fachin		
Min. Luiz Fux		
Min. Celso de Mello		
Min. Marco Aurélio		
Min. Alexandre de Moraes		
Min. Ricardo Lewandowski		
Min. Dias Toffoli		
Min. Gilmar Mendes		

Concordância à tese 

Divergência à tese 

Fonte: elaboração da autora (2018)

Nota-se pela Figura 2 que, a concordância total com as duas teses fixadas pelo relator só ocorreu em relação a 5 (cinco) ministros. Os demais ministros divergiram total ou parcialmente ao menos em uma das teses, quando não, em relação às duas. Ressalta-se aqui que a Figura 2 proposta por esta autora, busca delinear os contornos do julgamento de forma lúdica, portanto a divergência apresentada mesmo que parcial quanto às teses propostas pelo

relator acarreta um sinal de divergência. Conforme o exposto, as discussões do tema levam a reflexões mais complexas que o caráter binário entre concordância à tese e discordância à tese.

O que se buscou, em verdade, foi demonstrar a fragilidade da decisão analisada em detrimento da reformulação ocorrida em instituto que é consolidado no país, previsto desde a Constituição de 1824, bem como no alcance de suas consequências práticas.

3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A QUESTÃO DA REPRESENTATIVIDADE

O fenômeno da judicialização vem ocorrendo e ganhando força em diversas partes do mundo num contexto pós 2ª Guerra Mundial, após o evidente fracasso de governos nacionalistas e o profundo descaso com direitos humanos, principalmente em decorrência do cumprimento da estrita legalidade que ensejou violações a direitos fundamentais que marcaram a história da humanidade. Com isso, constituições ao redor do mundo passaram a positivizar direitos fundamentais de toda espécie e ainda instrumentalizar mecanismos que possibilitassem o cumprimento e controle da nova gama de direitos e garantias constitucionais.

No Brasil não se vislumbra cenário diferente, a Constituição Federal de 1988, considerada constituição cidadã, possui um amplíssimo rol de garantias e direitos positivados. Além do que, prevê um sistema de controle de constitucionalidade híbrido, pelas vias difusa e concentrada, para que Tribunais possam se manifestar acerca de violações diretas ao texto constitucional e assim resguardar seu conteúdo.

Ao discorrer sobre o conteúdo do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso que levou a modificação da interpretação constitucional acerca do foro por prerrogativa de função, depreende-se que muitos dos pontos levantados possuem uma ordem de relevância prática e funcional que, em um primeiro momento, não deveriam ser desconsiderados.

A concepção do instituto do foro por prerrogativa de função, que constitui garantia funcional inerente ao exercício das funções públicas, certamente não compreende a diversidade de situações fáticas que dele podem decorrer. A criação das leis, seja na legislação ordinária ou na elaboração de uma Constituição, envolve uma série de incertezas, quanto às suas possíveis consequências práticas.

Em que pese haver questões que podem ser repensadas na sua disposição, questões essas levantadas pelo Ministro Relator em seu voto, não se pode deixar de atentar para a questão da legitimidade de atuação do Supremo Tribunal Federal na leitura e interpretação da Constituição Federal.

Tido como legítimo intérprete e guardião do texto constitucional o Tribunal vem atuando há anos, como o próprio Ministro Relator referiu ao mencionar diversos precedentes da Corte, no sentido de modificar o sentido do texto constitucional conforme sua boa compreensão, de como deveriam ser determinados institutos, dentre eles o do foro por prerrogativa de função, que é o objeto do caso que guia este trabalho.

Não se trata de dar sentido a normas constitucionais abertas, de direitos amplos, que demandariam positivação diante de uma lacuna da legislação. Mas sim de institutos consolidados, de escolha e afirmação reiterada pelos constituintes e também pelo próprio parlamento que, nas inúmeras emendas constitucionais aditadas, preferiram não o fazer. Assim, as imunidades parlamentares presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição do Império de 1824 representam em si uma intenção clara de proteção à função parlamentar.

Sobre as exceções aos direitos e garantias dispostos no texto constitucional, Kelsen mencionava situações em que a Constituição não se efetiva, de modo que as garantias permanecem inoperantes e perdem todo o sentido, e é este o caso. Afirma ainda que “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.” (KELSEN, 2007, p. 240).

Apesar de ter sido ampliada, conforme o Ministro Relator asseverou, durante o período da ditadura militar, deve-se considerar que a assembleia constituinte de 1988 teve abertura para repensar o instituto e não o fez, claramente reafirmando seus moldes e fazendo uma escolha. Ressalta-se ainda que, a Emenda Constitucional n. 35 de 2001 que modificou os dispositivos constitucionais de regramento das imunidades também não enfrentou as questões abordadas na Questão de Ordem da Ação Penal 937, portanto novamente houve uma escolha de não fazer por parte do poder legislativo.

Assim, a legitimidade da Corte ao provocar tal mudança em instituto que representa garantia constitucional consolidada no ordenamento jurídico brasileiro deve ser levantada. Se o controle de constitucionalidade das leis ordinárias pelos tribunais já encontra objeções na doutrina, a mutação constitucional que vêm ocorrendo é ainda mais flagrante do ponto de vista democrático. Segundo Waldron (2010, p. 109) o poder legislativo é compelido pelo processo eletivo, pela representação e pela responsabilidade eleitoral, diferentemente do poder judiciário.

Paulo Klautau Filho questiona a legitimidade democrática de um órgão composto por onze membros - composição do plenário do STF - decidir acerca da constitucionalidade das

leis, justamente por estes não serem eleitos pelo que ele denomina de voto da cidadania. Seria essa a objeção democrática do controle judicial de constitucionalidade. Continua, questionando também o controle difuso, por meio do qual um juiz monocraticamente pode afastar o prosseguimento de políticas públicas determinadas por órgãos eleitos pelo voto popular. Nesse sentido, reflete o autor sobre o quanto tais decisões são técnico-jurídicas ou passam a deter caráter explícito e substancialmente político (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 256).

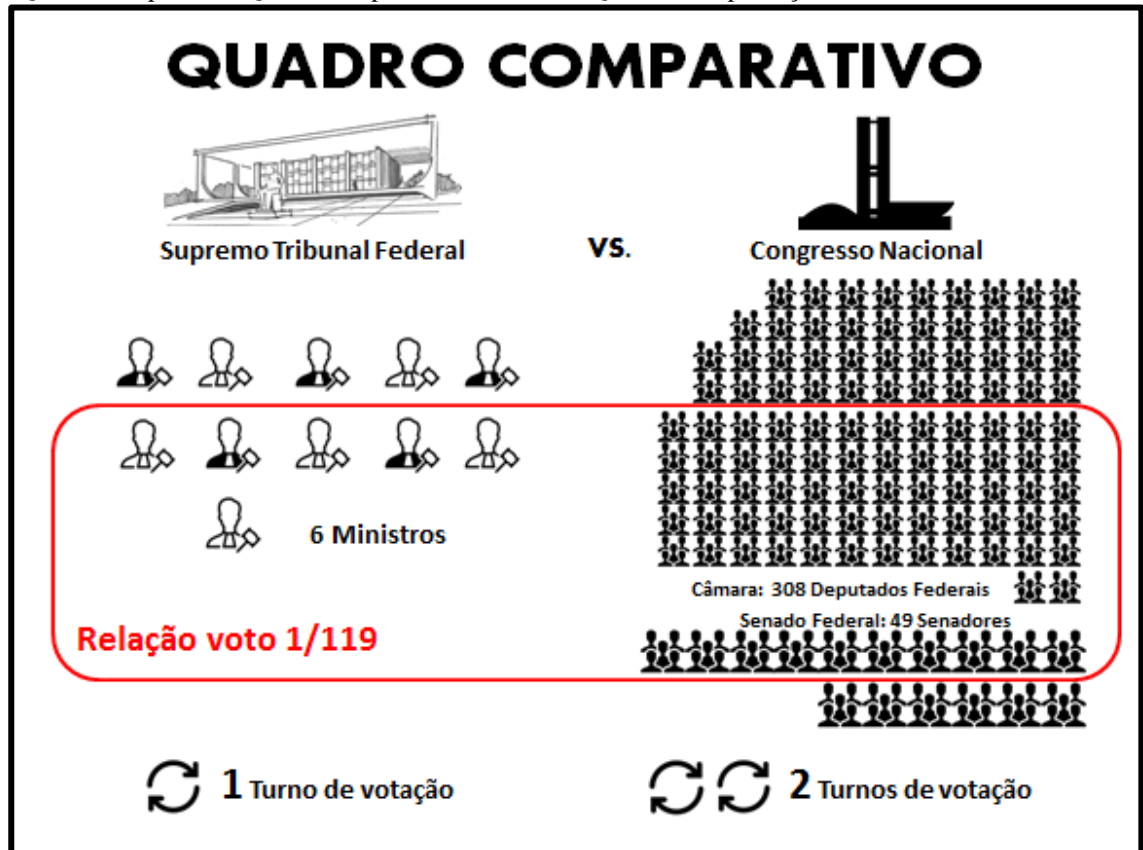
Além do fenômeno da judicialização da política, temos a politização dos tribunais, uma vez que os processos passam a influenciar os rumos políticos do país, influenciam resultados eleitorais, ganham contornos midiáticos e denotam forte caráter de polarização político-partidária. O resultado dos julgamentos hoje assume verdadeira posição ideológica, cujo teor pode ora tornar o juiz um ídolo, ora condená-lo.

As decisões ativistas, tomadas por juízes no âmbito dos tribunais, certamente carecem de representatividade e de caráter democrático. A princípio, pelo sistema de composição dos tribunais que por meio de concursos públicos, nomeações entre pares da advocacia, do ministério público ou ainda por nomeações políticas do poder executivo constituem uma parcela muito restrita de profissionais da área do direito. Enquanto em um sistema eletivo, tanto para o poder executivo quanto para o poder legislativo teremos votos de toda a população de maneira geral.

Neste viés, cabe destacar que, a participação dos cidadãos não é, e nunca será, sinônimo de consenso, usualmente o resultado é oposto, quando se aumenta a participação, a pluralidade de opiniões cresce e conseqüentemente as diferenças. Democracia implica em opiniões divergentes e que na tomada de decisões todos os votos contem igualmente, ou seja, as instituições democráticas não concebem consenso, mas sim ocasionam conflito, seu processo de decisão coletiva não permite que as divergências políticas existentes sejam superadas (OLIVEIRA, 2015, p. 185-188). James Madison no n. 10 dos *Federalist Papers* já afirmava "Enquanto a razão humana continuar a ser falível e o homem tiver a liberdade de exercê-la, formar-se-ão diferentes opiniões." (MADISON, 1781).

Além dos argumentos já levantados, deve-se ressaltar a massiva diferença de participação no processo decisório de uma decisão judicial tomada pelo plenário do STF, tomando como exemplo a ação analisada, e do procedimento para promulgar uma emenda constitucional nos moldes postos atualmente. Conforme a Figura 3 expõe.

Figura 3: Quadro comparativo Quórum do plenário do STF vs. Quórum de aprovação de Emenda Constitucional.



Fonte: elaboração da autora (2018)

Observa-se que, em uma alusão ao procedimento de emenda à Constituição é necessário, considerando os dois turnos de votação, sejam obtidos, no mínimo, 714 votos dos congressistas. Uma vez que, exige-se um quórum de aprovação de três quintos dos congressistas em cada casa legislativa, ou seja, 308 deputados federais e 49 senadores. O quadro visa ilustrar o peso do voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal que em números equivaleria ao voto de 119 (cento e dezenove) congressistas. A partir daí e em alusão ao fenômeno da judicialização da política e da politização dos tribunais pode-se inferir que o voto de um ministro nesse contexto é politicamente mais relevante e de certo modo letal, principalmente em um contexto em que a mutação constitucional vem ocorrendo de forma ampla.

A busca por soluções mais velozes para as questões sociais relevantes através do poder judiciário, ignorando procedimentos de caráter formal, de cunho participativo e deliberativo, possui grave insurgência não somente dos aspectos democrático e representativo, pois vislumbra também um cenário de insegurança jurídica a partir de duas perspectivas. A primeira se refere à ausência de limites da atuação judicial, o poder judiciário tudo pode e tudo faz; e a segunda perspectiva de insegurança jurídica se dá a partir do conteúdo das

decisões, não se pode prever o tipo de solução que será encontrada, pois as regras do jogo não são claras, e o conteúdo da norma pode a qualquer tempo ser modificado pelo próprio juiz dentro do processo.

No que tange aos aspectos democrático e representativo as decisões judiciais padecem de aspectos de responsabilidade que sujeitam os membros do legislativo e do executivo na sua tomada de decisões e posturas adotadas na definição de políticas públicas. Os detentores de cargos eletivos possuem um compromisso representativo com a parcela que os elege, buscam representar seus interesses e o fazem justamente por se submeter ao controle popular que ocorre pelo voto. Além disso, as cortes não são concebidas para formular políticas públicas, vetar decisões políticas ou inovar no ordenamento jurídico, pois não possuem o caráter deliberativo presente no âmbito do parlamento.

Na lição de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 886) “O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados”. Muito embora a prática do ativismo judicial possa ser defendida como um modo de assegurar direitos em uma sociedade, valorizá-los e fornecer garantias às minorias, isso pode e deve ser contestado. Pressupondo que houvesse certo consenso no que tange a fornecer direitos a minorias políticas através do poder judiciário, não há maneira de fugir das discordâncias quanto as principais questões políticas encontradas nas sociedades liberais modernas (WALDRON, 2010, p. 113). Discordâncias que não se apresentam somente no âmbito legalista, mas no âmbito comunitário de criação de políticas públicas, da responsabilidade governamental, no âmbito filosófico, moral, cultural, político ou econômico, dentre outros níveis.

Como se viu no julgamento analisado nem mesmo entre pares, num universo composto por apenas onze ministros, há consenso. E ainda assim, em se tratando de direitos fundamentais e garantias constitucionais uma maioria simples de seis ministros pode modificar o texto constitucional, declarar direitos ou aplicar entendimentos de como o ordenamento jurídico como um todo deve funcionar.

Nessa toada, Jeremy Waldron afirma que “a retórica insípida da Declaração de Direitos foi projetada simplesmente para lidar de maneira habilidosa com as discordâncias reais e razoáveis que são inevitáveis entre pessoas que levam direitos a sério” (WALDRON, 2010, p. 116). As questões abordadas guardam polêmicas cuja discussão abarca inúmeras variáveis, portanto ampliar debates, considerações e deliberações no processo decisório torna-se fundamental em uma democracia para que possa se considerar o processo representativo.

A divergência de opiniões é característica intrínseca da natureza humana, ao ressaltar o caráter democrático de decisões políticas tomadas dentro de instituições legitimadas e em presumível bom funcionamento Jeremy Waldron resalta que a legislação razoavelmente democrática é ligada aos valores de processo, e não aos valores de resultado (WALDRON, 2010, p. 108). Uma vez que os valores atribuídos à tomada de decisão, seja justa ou injusta, certamente são variáveis conforme a ótica de quem a vislumbra.

Democracia pode ser definida como um sistema de 'regras do jogo', que determinam procedimentos de disputas, competências e limites ao poder de governo, segundo Przeworski a estabilidade das instituições democráticas é a chave para aceitação dos resultados do processo democrático, assim é importante que haja um "equilíbrio de forças" (PRZEWORSKI, 1994 apud OLIVEIRA, 2015, p. 190). Segundo Dahl, um processo político de governo poderá ser classificado como democrático quando preencher determinados requisitos: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos (DAHL apud OLIVEIRA, 2015, p. 185).

Percebe-se que o apoio ao ativismo judicial possui cunho finalístico, busca-se o poder judiciário para soluções e quando estas são encontradas, muitas vezes de forma mais célere e efetiva que através dos demais poderes, sua prática é deferida pela sociedade e a todos que o conteúdo da decisão agrada. Portanto, o apoio sazonal ao ativismo judicial é geralmente ligado a causas específicas, questões essenciais que em muitas das vezes são desviadas na via legislativa, o que Waldron (2010, p. 97) denomina de “medida protetora contra patologias legislativas” geralmente associadas a questão polêmicas como sexo, raça ou religião.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil a representatividade das decisões é essencial, pois a realidade social e a própria população são profundamente diferentes. Seja nas características de colonização, nos aspectos regionais, históricos, culturais, dentre outros. Nenhum sistema pode obter resultados perfeitos em termos de representatividade, contudo pelo processo eleitoral podem-se obter soluções mais democráticas e certamente mais representativas.

A possibilidade de distorções no processo político democrático é real, pois sempre haverá um grupo social com motivos para crer que os resultados do processo democrático sejam intoleráveis. Outro ponto é maiorias políticas podem cometer injustiças, visto que a adoção de certas regras promove ou acoberte discriminação étnica. Bem como, maiorias podem estar atreladas a ações coletivas, tornando inviável a persecução de seus direitos pela via legislativa. Nada obstante, as instituições políticas que se intitulam contramajoritárias e afirmam combater tais injustiças possuem alto potencial para promovê-las. Exemplo disso são

os membros do poder judiciário que podem manifestar-se por interesses próprios e utilizar-se dos mecanismos de controle de constitucionalidade para promovê-los. Mesmo quando dotados de boa fé, interpretando adequadamente os institutos jurídicos, é possível que supervalorizem sua própria capacidade intelectual e tomem decisões com consequências improdutivas aos interesses que devem ser promovidos (OLIVEIRA, 2015, p. 189-191).

3.4 POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS

A tomada de decisões de cunho legislativo pelos tribunais e seus juízes transborda a insegurança jurídica e avança para consequências práticas cuja previsibilidade não é clara. A exemplo do caso aqui retratado julgado no STF, e que levou à aplicação pelo STJ através do princípio da simetria em processo cujo réu é chefe do poder executivo, no caso um governador do estado. Os problemas advindos de tal decisão como a suspensão de mandato de um parlamentar eleito por um juiz de primeira instância, monocraticamente.

Pode-se acrescentar ainda a reflexão da investigação de membros do poder executivo, governadores de estado, por exemplo, que ao serem processados em primeira instância serão investigados pela polícia civil a qual eles mesmos chefiam. Ou em grau recursal que desembargadores, nomeados justamente pelo chefe do executivo estadual, irão apreciar a demanda.

Em notícia veiculada em 12 de junho de 2018, pouco mais de um mês após a conclusão do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 foi encerrado, estima-se que 168 casos tenham sido remetidos aos juízos de primeira instância. Além disso, houve a aplicação da restrição ao foro por prerrogativa de função dos Ministros de Estado, em processo contra o ministro da Agricultura, Blairo Maggi (PP-MT), a primeira turma do STF decidiu por maioria dos votos remeter o processo ao primeiro grau de jurisdição tendo em vista que o crime em questão não guarda relação com o exercício da função (MARTINS, 2018).

Após verificar que a interpretação restritiva decidida na Questão de Ordem da Ação Penal 937 vem sendo aplicada por outros tribunais, e mais importante para outras autoridades neste caso membros do poder executivo, é importante ressaltar que o dispositivo constitucional analisados e interpretados na ação refere-se tão somente aos deputados e senadores, como se pode denotar do caput do art. 53 da CF, ou seja, somente aos congressistas - membros do poder legislativo a nível federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos específicos foram alcançados por meio do exame pormenorizado dos argumentos levantados pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso no voto condutor, sendo possível verificar a ocorrência de mutação constitucional. Verificou-se que por meio de argumentos diversificados de cunho prático, inerentes à aplicação do foro por prerrogativa de função, e de cunho processual, quanto à competência dos tribunais, o ministro modificou o entendimento vigente na Corte acerca do foro por prerrogativa de função e subverteu o sentido do texto constitucional.

Buscando ilustrar a variedade dos argumentos utilizados pelo ministro relator, sintetizei de forma ilustrativa na Figura 1 seus principais pontos, para de forma lúdica dar um panorama geral do voto. Posteriormente, propus na Figura 2, também em caráter ilustrativo, o resultado do julgamento da questão de ordem, na qual posicionei os votos dos demais ministros de forma binária, entre concordância a tese ou a divergência à tese. O critério binário foi utilizado de forma a destacar que somente cinco dos ministros concordaram com a totalidade do voto do ministro relator. Depreende-se, portanto, que dentro da Suprema Corte os demais ministros votantes reputaram ser pertinente levantar contrapontos e divergências a alguma das teses da questão de ordem suscitada. Pode-se inferir que, o foro por prerrogativa de função por representar garantia constitucional consolidada merece discussão mais aprofundada e extensa da matéria, justamente por se tratar de mecanismo que visa assegurar funções públicas essenciais ao bom funcionamento do aparelho estatal.

Ressalta-se que não se buscou neste trabalho monográfico defender o foro por prerrogativa de função da maneira como está posto ou declarar que não se pode ou que não se deve repensá-lo, mas sim problematizar a maneira como se deu tal modificação, questionando a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para fazê-lo. Uma vez que, tal praxe fere os princípios da separação de poderes, republicano e democrático, e traz grande insegurança jurídica a todo o ordenamento pátrio.

Na Figura 3, comparo o quórum formal para aprovação de uma emenda constitucional, ao quórum do julgamento no plenário do STF, para nesse sentido propor uma reflexão crítica em relação aos aspectos democrático e representativo da atuação ativista da corte. Conforme a Figura 3 enfatiza, atribui-se ao voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal a equivalência dos votos de cento e dezenove parlamentares em sede de promulgação de uma emenda constitucional. Portanto, o poder político concentrado nas mãos do julgador é evidente e imenso. Em um contexto social cujos tribunais desfrutam de alto prestígio social, e

não mais encontram limites na legislação, seja ordinária ou constitucional, tem-se um contorno emblemático da não só da judicialização da política, mas da politização dos tribunais.

Por fim, relacionou-se alguns dos possíveis desdobramentos práticos decorrentes da nova interpretação do foro por prerrogativa de função adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve por objetivo geral analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937, com a Questão de Ordem suscitada e seu julgamento, cujo desdobramento levou à reformulação do foro por prerrogativa de função. A partir da pesquisa bibliográfica e do estudo de caso, mais especificamente o estudo do processo judicial, pode-se inferir sobre a argumentação dada pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso em seu voto, elencando critérios relevantes para reflexão acerca da atuação da Suprema Corte brasileira, e seu poder decisório em face dos princípios representativo e democrático. Além do que confrontar o quórum de uma decisão tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ao quórum formal necessário para promulgação de uma emenda constitucional.

Desta forma, o objetivo geral deste trabalho foi atendido, pois, a partir da pesquisa bibliográfica, da análise do processo judicial e observação dos desdobramentos ocorridos até o fim deste trabalho, pôde-se constatar que a atuação do Supremo Tribunal Federal tem contornos evidentes do fenômeno da judicialização da política, o que é incompatível com o estado democrático de direito, pois mesmo as normas constitucionais não funcionam mais como limitadoras à atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15. ed. São Paulo: Imprensa, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Promulgada em 25 de Março de 1824. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Promulgada em 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Promulgada em 16 de Julho de 1934. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Promulgada em 10 de Novembro de 1937. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Promulgada em 18 de Setembro de 1946. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Promulgada em 16 de Julho de 1967. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. Brasília, DF de 2008. Brasília, 27 jun. 2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Notícias STF. Supremo Tribunal Federal. **STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais**. 2018. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 83131567, Ação Penal Nº 866 - DF. Ministério Público Federal. RICARDO VIEIRA COUTINHO. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 07 de maio de 2018. p. 1-7. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/APn_866_Prerrogativa_de_foro_afastada_AP_937_STF.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 396, Questão de Ordem na Ação Penal 396 Rondônia. Ministério Público do Estado de Rondônia. Natan Donadon. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, RO, 26 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 jun.

2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622946>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Supremo. Súmula nº 245. Brasília, DF de 1963. Brasília, 13 dez. 1963.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, Voto Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Relator: LUÍS ROBERTO BARROSO. Brasília, DF, 03 de maio de 2018. **Voto Ministro Relator Luís Roberto Barroso**. Brasília, 04 maio 2018. p. 1-22. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, Voto-vista Ministro Dias Toffoli. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de maio de 2018. **Voto-vista Ministro Dias Toffoli**. Brasília, 04 maio 2018. p. 1-43. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-vista-toffoli-foro-prerrogativa.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, Voto Ministro Gilmar Mendes. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de maio de 2018. **Voto Ministro Gilmar Mendes**. Brasília, 04 maio 2018. p. 1-36. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-foro.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Relator: LUÍS ROBERTO BARROSO. Brasília, DF, 03 de maio de 2018. **Voto Ministro Ricardo Lewandowski**. Brasília, 04 maio 2018. p. 1-20. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-prerrogativa-foro-ap.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 900 STF: DIREITO CONSTITUCIONAL – PRERROGATIVA DE FORO**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 04 maio 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **REVISITANDO OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:: UMA CRÍTICA DEMOCRATIZANTE À PRÁTICA JUDICIAL BRASILEIRA**. 2010. 221 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3331/1/2006_Marcelo Casseb Continentino.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3331/1/2006_Marcelo%20Casseb%20Continentino.pdf)>. Acesso em: 06 maio 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Cibele Fernandes. Repartição de competências legislativas e administrativas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al (Org.). **DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

v.II: Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 5. p. 122-139.

FEREJOHN, John. **Judicializando a Política, Politizando o Direito**. 2005. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. Disponível em: <[http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia e Teoria do Direito/ferejohn.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferejohn.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público: Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais**, Brasília, v. 11, n. 60, p.25-50, 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 02 Mai. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>.

HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo, in ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **Tratado de Direito Constitucional**, vol. 2, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, 577-608.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 711 p.

JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. **O controle de constitucionalidade das súmulas dos tribunais superiores no Brasil: necessidade, possibilidade e crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A PRIMEIRA DECISÃO SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MARBURY vs. MADISON (1803). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, p.255-275, jun. 2003. Semestral. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/50/50>>. Acesso em: 31 maio 2018.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADISON, James. **O Federalista n. 10**. 1781. Disponível em: <<https://perguntasapo.files.wordpress.com/2010/06/fed10.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MARSHALL, John. **Marbury v. Madison**: 5 U.S. 137 (1803). 1803. Disponível em: <http://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/MarburyMadison.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial**. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, São Paulo, 2009.

MARTINS, Luísa. **Primeira Turma do STF restringe foro de ministros**. 2018. Reportagem da revista Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5589847/primeira-turma-do-stf-restringe-foro-de-ministros>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

MASSON, Nathalia. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 4. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **MANUAL DE METODOLOGIA DA PESQUISA NO DIREITO**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. Imunidades parlamentares. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (Org.). **Temas de direito parlamentar**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016. p. 127-175. (Escola do Legislativo). Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/direito_parlamentar/03_bruno_oliveira.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p.183-216, 2015. Semestral.

RIBEIRO, Marcelo; CUNTO, Raphael di. **Para 5% população, governo Temer é bom ou ótimo, diz CNI/Ibope**. 2018. Reportagem da revista Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5432543/para-5-da-populacao-governo-temer-e-otimo-ou-bom-diz-cniibope>>. Acesso em: 15 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Richanne Mota de. **OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA RECLAMAÇÃO No. 4335/AC**. 2008. 79 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16699/16699.PDF>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

TEMER, Michel. **ELEMENTOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na américa: Leis e costumes**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-158.

_____. *O Judicial Review e as Condições da Democracia*. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. **Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2>>. Acesso em: 08 maio 2018.

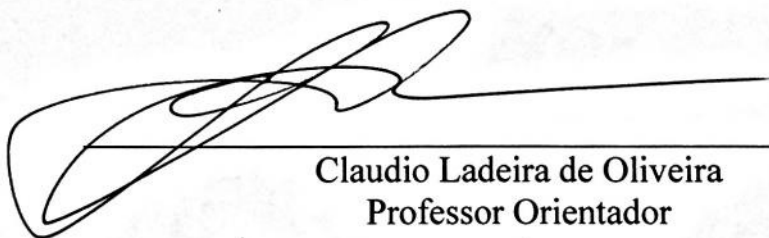
XAVIER, Elielton Barbosa da Silva. **Prisão dos parlamentares: aspectos práticos e teóricos à luz das imunidades constitucionais e recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal**. 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.58167>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

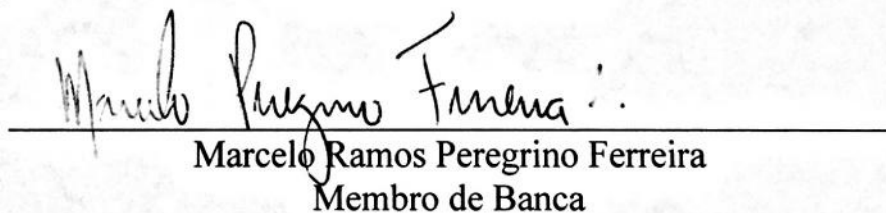
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**AÇÃO PENAL 937: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gabriela Mafra**, defendido em 26/06/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

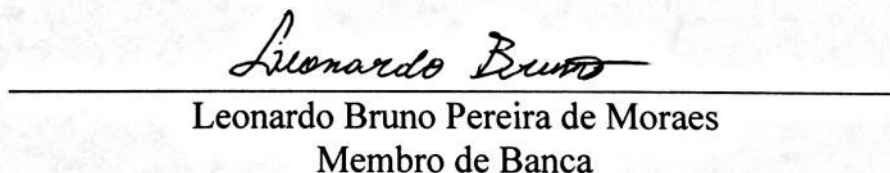
Florianópolis, 26 de junho de 2018



Claudio Ladeira de Oliveira
Professor Orientador



Marcelo Ramos Peregrino Ferreira
Membro de Banca



Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gabriela Mafra

RG: 55.26.604

CPF: 092.325.079-43

Matrícula: 13201145

Título do TCC: Ação Penal 937: o foro por prerrogativa de função e a judicialização da política.

Orientador(a): Claudio Ladeira de Oliveira

Eu, Gabriela Mafra, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de junho de 2018.

Assinatura manuscrita de Gabriela Mafra, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

GABRIELA MAFRA