

SUELLEN PATRÍCIA MOURA

**IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
SEPARAÇÃO DE PODERES E CONSTITUIÇÃO RADICAL**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do título de
Mestre em Direito
Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ladeira
de Oliveira

Florianópolis
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Moura, Suellen Patrícia

Imunidades parlamentares à luz da jurisprudência
do Supremo Tribunal Federal : Separação de poderes e
Constituição radical / Suellen Patrícia Moura ;
orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira , 2019.
248 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2019.

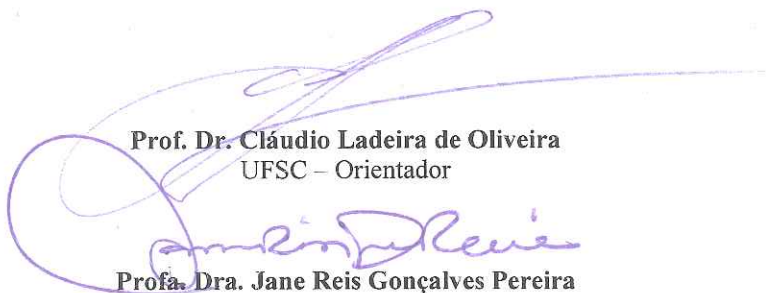
Inclui referências.

1. Direito. 2. Imunidades Parlamentares. 3.
Separação de poderes. 4. Poder Legislativo. 5.
Supremo Tribunal Federal. I. , Cláudio Ladeira de
Oliveira. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SEPARAÇÃO DE PODERES E CONSTITUIÇÃO RADICAL

SUELLEN PATRÍCIA MOURA

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
UFSC – Orientador



Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira
UERJ – Membro



Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante
UFMG – Membro



Profo. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Isaac Pinheiro
Diretor do Centro de Ciências Jurídicas, em exercício
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 29 de março de 2019.

Dedico este trabalho à minha mãe, ao
meu pai e ao meu irmão.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Solange de Lima Bezerra, ao meu pai, Antônio Ferreira de Moura, e ao meu irmão, Gustavo Antônio de Lima Moura, pelo acolhimento paciente e afetuoso traduzidos em envolvimento incessante para a concretização dos meus projetos. Seguramente, eles são a fonte de inspiração primária e mais importante de toda a minha caminhada. Na pessoa de minha tia, Simone Lima, agradeço aos demais familiares que sempre contribuíram e acompanharam carinhosamente meus passos.

Ao Thiago Rafael Burckhart e à Ana Catarina de Alencar, com quem compartilhei disciplinas, viagens, congressos, artigos, prazos, bares e praias; com quem compartilhei aberta e livremente a vida durante o período de mestrado. Também à amiga de mestrado Fernanda Ruy e Silva, pela sintonia imediata e lealdade indiscutível. Obrigada pela leveza de relação e pelo afeto inestimável.

Nas pessoas de Jean Filipe Stédile Guimarães, Stephanie Hiromi Suzuki, Tamires Ruiz Duarte, Ludmila do Amaral Rafael e Raíssa Saraiva Ferreira, o meu agradecimento aos amigos de Curitiba e Londrina, que, mesmo distantes, permanecem de mãos dadas, lado a lado, compartilhando das alegrias e das frustrações da vida.

Às amigas de mestrado Naína Ariana Tumelero e Juliana Alice Gonçalves, bem como à Natália Regueira, à Catharina Cavasin e ao Jackson Magalhaes. Obrigada pela amizade sincera, que trouxe vida, companheirismo e resistência em tempos sombrios.

Ao Luan Corrêa da Silva, pelo companheirismo e amor inquestionáveis. Pelos intensos debates acerca da pesquisa, que envolveram dias e noites de discussões extensas sobre direito e filosofia. Obrigada pelo apoio irrestrito e pelo suporte emocional e acadêmico decisivos para a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador e amigo, Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, pela longa caminhada que trilhamos juntos. Por sua capacidade de compreensão e perspicácia acadêmica, que sempre me incentivaram a desenvolver pensamentos de forma mais livre e autônoma, dentro das limitações que um trabalho como este nos impõe.

Aos professores componentes da banca de avaliação, Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante e Prof^a. Dr^a. Jane Reis Gonçalves Pereira. Obrigada pelas valiosas contribuições ao trabalho.

À CAPES, nas modalidades de pesquisa e de ensino, pelo investimento concedido nas bolsas que me permitiram a dedicação plena para a realização desta pesquisa.

Ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, por ter possibilitado o desenvolvimento dessa pesquisa em nível de excelência, bem como por ter me proporcionado amadurecimento na pesquisa acadêmica.

Finalmente, a todos os que são ou foram confidentes desta dissertação de mestrado.

*Hoje o samba saiu procurando você
Quem te viu, quem te vê
Quem não a conhece não pode mais ver pra crer
Quem jamais a esquece não pode reconhecer.
(Chico Buarque de Hollanda, 1967)*

RESUMO

O fenômeno da judicialização da política recebeu contornos mais acentuados no Brasil com a Constituição Federal de 1988, que previu a organização de uma Corte marcada por uma razoável amplitude de competências, incluindo as atribuições de revisão judicial da toda a legislação e de julgamento de parlamentares com prerrogativa de foro. Esse desenho propiciou a expansão do campo de atuação do Supremo Tribunal Federal, que passou a se pronunciar em diversos casos da política nacional. Particularmente desde 2015, ano em que, pela primeira vez após a promulgação da Carta de 1988, um parlamentar foi preso por determinação do Supremo Tribunal Federal, é possível observar uma nova relação entre os poderes, cuja dinâmica colocou a Corte como eminente mediadora de conflitos nacionais. Diante dessa conjuntura, a pesquisa pretende analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto às imunidades parlamentares notadamente em sete casos concretos, temporalmente localizados entre 2013 e 2018. O objetivo fundamental é investigar se o tratamento conferido às garantias constitucionais consignadas no Estatuto dos Congressistas ofende a separação de poderes e o princípio democrático, explicitando uma relação de desequilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A investigação adota uma perspectiva teórica e uma prática. Primeiramente, avalia as consequências da adoção de uma concepção normativa que reforça a confiança em tribunais superiores para a resolução de questões morais e/ou politicamente controvertidas, bem como explicita no Poder Legislativo a prerrogativa funcional e democrática para elaborar leis e para figurar como instituição representativa capaz de permitir que a divergência política ecoe em procedimentos decisórios comuns. A seguir, procede a um estudo técnico dos casos quanto à aplicação das regras que compõem as garantias constitucionais parlamentares a fim de identificar sob quais pressupostos a interpretação constitucional se balizou, extraíndo quais e que tipos de argumentos serviram de fundamento para a prolação das decisões objeto de análise. Por fim, efetua uma análise crítica que enfoca a questão fundamental no qual o problema se assenta. Equacionando a postura do Supremo Tribunal Federal ao aplicar a Constituição em casos concretos concernentes às imunidades parlamentares, aponta problemas potenciais ou efetivos da configuração refregada dos poderes Legislativo e Judiciário, apoiada nas bases da teoria da separação de poderes e na institucionalização da divisibilidade da soberania popular. O tema tem relevância para o ramo científico ante

a atual crise política que o país atravessa, especialmente pelo choque entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, cujo atrito ultrapassou a questão do conflito, colocando em xeque a autoridade e a legitimidade das instituições envolvidas.

Palavras-chave: Imunidades Parlamentares. Separação de poderes. Poder Legislativo. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The judicialization of politics phenomenon received more accented remarks in Brazil with the Federal Constitution of 1988, which provides the organization of a Court marked by a reasonable range of skills, including the assignments of judicial review of all legislation and trial of parliamentarians with “privileged forum”. This design propitiated the expansion of Federal Supreme Court’s field of activity, which started to pronounce itself about several cases in national politics. Particularly since 2015, when for the first time after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 a parliamentarian was arrested due to the determination of the Federal Supreme Court, it is possible to observe a new relationship between the powers, whose dynamics placed the Court as an eminent mediator of national conflicts. Against this political conjuncture, the research pretends to analyze the Federal Supreme Court’s jurisprudence regarding parliamentarian immunities, notably in seven concrete cases temporally located between 2013 and 2018. The fundamental objective is to investigate whether the treatment conferred to the constitutional guaranties defined in the Congressmen's Statute violates the separation of powers and the democratic principle, exposing an off-balance relationship between the Legislative Power and Judiciary Power. The investigation adopts both theoretical and practical perspective. At first, it evaluates the consequences of the adoption of a normative conception, which reinforces the trust in the Superior Courts for the resolution of moral or political issues. Thereafter, it explicates in the Legislative Power the functional and democratic prerogative to lawmaking as well as to figure as a representative institution able to permit that politics divergence reverberate in common decision-making procedures. Next, it proceeds to a technical case study regarding the application of rules which composes the parliamentarian constitutional guarantees with the aim of identifying the premises underlying the constitutional interpretation, extracting which and what kinds of arguments served as groundings to the pronouncing of decisions object of analysis. Finally, the research performs a critical analysis, which focus on the fundamental issue in which the problem lies. Equating the posture of the Federal Supreme Court when applying the Constitution in concrete cases concerned to parliamentarian immunities, it indicates potential or effective problems of Legislative and Judiciary Powers’ troubling configuration, supported on the basis of the theory of the separation of powers and the institutionalization of popular sovereignty divisibility. The theme is relevant to the scientific field due to the

current political crisis experienced by the country, especially seen in the clash between the Federal Supreme Court and the National Congress, whose disagreement has overcome the conflict issue per se, putting into question the very authority and legitimacy of the institutions involved.

Keywords: Parliamentary immunities. Separation of powers. Legislative Power. Federal Supreme Court.

.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	POLÍTICO, POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO: DESCONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES	25
2.1	O CONCEITO DO POLÍTICO: CONFLITO E ANTAGONISMO	25
2.2	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS	40
2.3	INTEGRIDADE DO PODER LEGISLATIVO E INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO: A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA	59
3	AS IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASOS CONCRETOS	85
3.1	O CASO JAIR BOLSONARO – INQUÉRITO Nº 3932/DF E PETIÇÃO Nº 5243	90
3.2	O CASO DELCÍDIO DO AMARAL – AÇÃO CAUTELAR Nº 4039/DF	103
3.3	O CASO NATAN DONADON – AÇÃO PENAL Nº 396/RO	112
3.4	O CASO EDUARDO CUNHA – AÇÃO CAUTELAR Nº 4070/DF.....	126
3.5	O CASO RENAN CALHEIROS – ADPF Nº 402/DF.....	133
3.6	CASO AÉCIO NEVES – AÇÃO CAUTELAR Nº 4327/DF	142
3.7	O CASO MARCOS DA ROCHA MENDES – AÇÃO PENAL Nº 937/DF	149
4	ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONFLITO POLÍTICO E CONSTITUIÇÃO RADICAL	165
4.1	SEPARAÇÃO DE PODERES: A SOBERANIA IMPOPULAR NA SUJEIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO AO PODER JUDICIÁRIO	165
4.2	<i>QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES</i> : A IMUNIDADE DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NA DIFICULDADE “CONTRADEMOCRÁTICA”	187
4.3	INTERPRETAÇÃO EM DISPUTA: CONFLITO POLÍTICO E CONSTITUIÇÃO RADICAL	209
5	CONCLUSÃO	229
	REFERÊNCIAS	233

1 INTRODUÇÃO

O desenho institucional que se verificou nas democracias contemporâneas identifica o processo de judicialização da política em muitos países, especialmente a partir do processo de constitucionalização do direito e da adoção de jurisdições constitucionais. No Brasil, esse fenômeno se tornou mais acentuado com a Constituição Federal de 1988, que previu a organização de um Judiciário independente e poderoso em relação ao Legislativo. Esse desenho institucional propiciou a expansão do campo de atuação do Supremo Tribunal Federal, que passou a se pronunciar em muitos casos da política nacional. Particularmente desde 2015, ano em que, pela primeira vez após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um parlamentar foi preso por determinação do Supremo Tribunal Federal, é possível observar uma nova relação entre os poderes, cuja dinâmica colocou a Corte como eminente mediadora de conflitos nacionais, dadas as sucessivas denúncias de crimes cometidos por parlamentares no exercício do mandato.

Diante dessa conjuntura, a presente pesquisa pretende analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto às imunidades parlamentares notadamente em sete casos concretos, temporalmente localizados entre 2013 e 2018. O objetivo fundamental é investigar se o tratamento conferido às garantias constitucionais consignadas no Estatuto dos Congressistas ofende a separação de poderes e o princípio democrático, explicitando uma relação de desequilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Para equacionar este problema, no primeiro capítulo o objetivo tem escopo teórico e consiste na proposição de uma defesa do papel que os poderes Legislativo e Judiciário devem desempenhar em um Estado Democrático de Direito marcado pela intensificada judicialização da política. A perspectiva normativa que essa pesquisa propõe não se limita a empreender uma defesa de como as instituições devem funcionar em razão das distorções observadas na prática; ela também consiste na defesa de um ponto de vista normativo frente a outro, qual seja, de que se deve dar preponderância aos tribunais em despeito de parlamentos para dirimir conflitos políticos.

Sendo assim, concentra-se em estabelecer uma distinção conceitual de político e política, tratando de esclarecer que o político é elemento constitutivo da política e, portanto, ambos carregam a potencialidade antagônica do conflito. Quando normas gerais são criadas é inevitável que haja discordância sobre seu conteúdo. Nesse

sentido, a disputa entre a divergência de entendimentos sobre o conteúdo de uma norma é intrinsecamente política no sentido de que a escolha de uma norma ou interpretação em detrimento de outra deve ser justificável de alguma forma para aqueles que são afetados por tal norma. Portanto, se a política está inevitavelmente associada ao exercício do poder legiferante, um tribunal, ao exercer a função de legislador positivo, não está imune às pressões políticas inerentes à política de legiferação.

A seguir, analisa-se a judicialização da política como causa e consequência da confiança e/ou desconfiança nas instituições, explicitando que, se por um lado, a judicialização constitui a causa da atribuição de confiança progressiva e latente no judiciário para tratar sobre questões morais, por outro, também é o resultado do encorajamento, por parte do povo e seus legislativos, de uma atuação judicial capaz de assegurar um amplo conjunto de valores humanos. Todavia, existe uma dificuldade latente de se estabelecer parâmetros de controle na legislação elaborada por um órgão judicial independente e isolado, notadamente pela fragilidade de se encontrar uma justificação popular nesse espaço. Sendo assim, sublinha-se que a politização de tribunais traz dificuldade de controle e pode ser perigoso para a liberdade e igualdade políticas, alterando a configuração da separação de poderes.

Por fim, sustenta-se que a fraqueza de credenciais democráticas de um tribunal surge da própria ideia de legislação, que fornece um brilho específico sobre o caráter demonstrativo de parlamentos, congressos e assembleias que se relacionam com sua legitimidade democrática, ao importante princípio da franqueza institucional e transparência na política. Frente a uma imagem idealizada do Judiciário alinhada a uma imagem desonrosa do Legislativo, empreende-se uma reflexão sobre a legislação que a apresenta como um modo digno de governança e uma fonte respeitável de direito, tratando de encarar a separação de poderes não como um conglomerado de três princípios distintos, mas como uma distinção qualitativa da integridade de cada uma das três funções governamentais.

Nessa perspectiva, o que coloca a atuação de um poder republicano em cheque não é somente a falibilidade de uma decisão, característica de qualquer procedimento decisório, ou os resultados insuficientes ou não desejáveis que produzem no âmbito de sua atuação, mas, sobretudo, as regras nas quais eles foram estabelecidos, ou seja, as bases em que a decisão política é forjada e as possibilidades de modificação mediante debate público. A decisão política traduzida no

voto e o julgamento político performado no controle, alteração e influência nas políticas democráticas, ainda que carentes de poder efetivo de comando, são pressupostos fundamentais da liberdade política. Transferir significativamente a legislação para tribunais afeta a representação democrática, porque, sem mecanismos de controle recíprocos frente a representantes auto instituídos, a estrada informal que tribunais percorrem leva a uma desvalorização da democracia.

O segundo capítulo adota uma perspectiva realista, isto é, pretende focar como as instituições políticas funcionam na prática. Trata-se de analisar, principalmente, sete casos concretos decididos pelo Supremo Tribunal Federal referente a processos de parlamentares federais do exercício do mandato. O objetivo é proceder a um estudo técnico destes casos quanto à aplicação das regras que compõem o Estatuto dos Congressistas a fim de identificar, a partir de um perfil de julgamento, sob quais pressupostos a interpretação constitucional se balizou, extraindo, conseqüentemente, quais e que tipos de argumentos serviram de fundamento para a prolação das decisões objeto de análise. A escolha dos casos levou em consideração o marco que registrou, pela primeira vez após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a prisão de um parlamentar por meio do exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal (caso Delcídio do Amaral – PT/MS). O critério está marcado pela expressividade dos casos cujas controvérsias instalaram questionamentos importantes acerca da interpretação das garantias constitucionais parlamentares.

Por fim, o último capítulo incorpora uma metodologia de análise crítica que enfoca a questão fundamental no qual o problema se assenta. Retomando os pressupostos teóricos apresentados no primeiro capítulo, bem como os casos objeto de análise do segundo, o objetivo é verificar se na postura do Supremo Tribunal Federal ao aplicar a Constituição em casos concretos concernentes às imunidades parlamentares há ofensa à separação de poderes e ao princípio democrático, apontando os problemas potenciais ou efetivos da configuração refregada dos poderes Legislativo e Judiciário.

Para tanto, argumenta-se que a incorporação enviesada do modelo de separação de poderes pensado por Montesquieu tem impacto direto no tratamento dos casos concretos estudados. A recepção da teoria da separação de poderes pela metodologia jurídica resultou em um sistema de freios e contrapesos que solapou a soberania popular em uma dimensão dicotômica, ou seja, parcelando a unidade da autoridade soberana popular entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estabeleceu-se um sistema de controle horizontal entre os poderes

constituídos que consagrou a divisão da soberania popular em duas partes que se pretendem contrárias: uma parte que funda a Constituição e outra que impõe restrições ao poder fundante. Essa dinâmica construiu um panorama de incompatibilidade entre constitucionalismo e democracia e de sujeição do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, em que a independência do poder judiciário é encorajada e a integridade do poder legislativo é enfraquecida. Nestes termos, a crítica tenta demonstrar uma reestruturação do sistema de divisão de poderes que abriga em seu cerne uma tendência clara de eliminação do princípio da soberania popular e a consequente inversão deste princípio com uma organização da desconfiança contra o povo.

O segundo momento da crítica aborda como os casos estudados são ilustrativos de desenho institucional que sinaliza uma espécie de conflito entre os poderes – que, malgrado revista-se como um conflito sobre legalidade, é um conflito eminentemente político. O que está no plano de fundo desse contexto não é o abandono ou rejeição do majoritarianismo ao confiar decisões finais sobre legislação importante aos tribunais; mas sim uma preferência pelo majoritarianismo do tribunal em relação ao majoritarianismo legislativo. Trata-se, portanto, de uma dificuldade contrademocrática e não contramajoritária. Nestes termos, o princípio da independência judicial é veiculado como ferramenta que deteriora tanto a separação de poderes, entendida como a divisão qualitativa das funções do governo, como o princípio democrático, que identifica a soberania popular na função legislativa.

Finalmente, considerando que o conflito institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo é político, no sentido de que está enraizado nos desejos de manter ou aumentar a autoridade, não permanecendo necessariamente ligado às próprias normas da Constituição – e de que a Constituição é estabelecida sobre as bases tensionadas do poder constituinte e dos poderes constituídos e, portanto, do constitucionalismo e da democracia, defende-se a noção de uma Constituição radical, que remete à possibilidade de uma Constituição enquanto promessa capaz de forjar, não apenas no texto de sua norma promulgada em 1988 – mas também nele –, uma mediação para a ação política que conceda centralidade à soberania popular. A partir da manutenção da tensão, intrinsecamente conflituosa, entre constitucionalismo e democracia, bem como na retenção do poder constituinte como forma de constituição da comunidade política, aponta-se para a necessidade de uma Constituição capaz de capturar a natureza agonista do político, de modo a direcionar o conflito para desígnios democráticos. Dessa proposta resulta a necessidade de uma atuação

jurisprudencial mais autorrestrita, que se resguarde a permitir o debate acerca das prerrogativas parlamentares no fórum da deliberação política ao invés de substituir a formação da vontade democrática.

2 POLÍTICO, POLÍTICA E JUDICIALIZAÇÃO: DESCONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES

Este capítulo explorará três caminhos. Primeiramente, concentra-se em estabelecer uma distinção conceitual de político e política, tratando de esclarecer, dado que o político circunda tanto um tribunal quanto instituições explicitamente representativas, como e por que ora ele é digno de confiança e reconhecimento, no Judiciário, ora o é de descrédito e desconfiança, como ocorre no Legislativo. A seguir, analisa-se a judicialização da política como causa e consequência da confiança e/ou desconfiança nas instituições, explicitando que o processo de politização de tribunais traz dificuldade de controle e pode ser perigoso para a liberdade, alterando a configuração da separação de poderes. Em um terceiro momento, sustentar-se-á que, se na legiferação judicial as credenciais democráticas encontram-se fragilizadas e, mais do que isso, ausentes, porque é mais legítimo que a legislação esteja a cargo de instituições representativas, explicitando que transferir significativamente a legiferação para tribunais afeta a democracia representativa, alterando a forma como a opinião pública é formada e como o cidadão se comporta com instituições representativas.

2.1 O CONCEITO DO POLÍTICO: CONFLITO E ANTAGONISMO

É possível apontar dois tipos de abordagem para se compreender o político e a política. Uma delas é empreendida pela teoria política, que se encontra no domínio dos filósofos, isto é, a tarefa consiste em buscar não os fatos da política, mas a essência do político, seus pressupostos fundamentais; a outra, pela ciência política, saber que lida com o terreno empírico da política. Para colocar essa distinção de um modo filosófico, Chantal Mouffe empresta a terminologia de Martin Heidegger¹ ao estabelecer que a política se refere ao nível ôntico, enquanto que o político se encontra da dimensão do ontológico.² Conforme se

¹ MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 8.

² Segundo Heidegger, em *Ser e Tempo*, a ontologia não se confunde com as ciências ônticas, as ciências particulares como Física, Biologia, Psicologia, etc., pois leva em consideração a distinção entre a questão acerca do ser, tal como o filósofo identifica nas teorias metafísicas precedentes, da questão acerca do sentido do ser enquanto tal, isto é, o sentido do ser que permeia as diversas compreensões do ser. Assim, a ontologia é descrita por Heidegger como a

depreende dos ensinamentos de Heidegger, a dimensão ôntica engloba as variadas manifestações do ente, o ser que é apontável e objeto das ciências, enquanto que o ontológico se concentra nos conceitos fundamentais que norteiam as expressões e compreensões do ser, que sobsome o próprio ser do ente, mas que com ele não se confunde. Ou seja, existe um princípio básico político que orienta e rege as diversas relações estabelecidas e observadas nas práticas políticas.

Desse modo, a política em sua dimensão ôntica diz respeito às múltiplas práticas da política convencional, enquanto que o político em sua dimensão ontológica determina a própria maneira pela qual a sociedade é instituída e também a própria possibilidade da política, em seus diversos modos. Para Mouffe, a distinção entre política e o político concebe o político como um espaço de poder e antagonismo constitutivo das sociedades humanas, enquanto a política refere-se a um conjunto de práticas e instituições através do qual uma ordem é criada, organizando a coexistência humana em um contexto de conflitualidade fornecida pelo político.³ Investigar o pressuposto fundamental que rege a política democrática é procurar pelo político, enquanto que entender as diversas manifestações do político, suas linguagens e as formas que assume de uma expressão para outra é tentar compreender a política.

A má compreensão do princípio, do problema do ser, implica, também, em uma distorção na análise de como esse princípio se comporta nas relações. Deslocar o objeto de investigação do ente para as relações entre eles é não somente não encerrar a determinação do político na política como também recolocar o foco no político a partir de outra perspectiva, o conflito, e, assim, interpretar a própria política democrática sob outra perspectiva. O erro de compreensão que Heidegger denunciada na confusão dos dois sentidos, “ôntico” e “ontológico”, se manifesta na própria distorção do político e da política, ou seja, as práticas atuais das políticas democráticas evidenciam, na verdade, uma má compreensão do político na sua dimensão ontológica, que está na origem da incapacidade de pensar de uma forma política.

investigação explícita acerca do ser em geral que é dito a partir dos diversos modos de compreensão das ciências, e visa “às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas”, ou seja, às condições de possibilidade para o estabelecimento de conceitos fundamentais (HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**, Parte I, tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 37).

³ MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 9.

No campo da ciência política, Chantal Mouffe identifica três aspectos do conceito de política: política realizada por grupos de interesse (*polity*), que concerne à constituição institucional da comunidade política; política enquanto política pública (*policy*), que examina como programas políticos podem moldar circunstâncias sociais; política como fenômeno social (*politics*), que lida com o processo de conflito político sobre o compartilhamento do poder e posições de poder.⁴ Dada essa perspectiva, o conceito de hegemonia é uma noção fundamental para se entender a política, uma vez que a política está relacionada com os atos de instituições e práticas hegemônicas, isto é, a articulação das práticas através das quais uma certa ordem é estabelecida e a fixação de significado das instituições sociais. Toda ordem hegemônica é suscetível de ser desafiada por práticas contra hegemônicas, ou seja, práticas que tentarão desarticular a ordem existente assim como instalar outra forma de hegemonia.⁵

Compreender a natureza do político em uma democracia liberal marcada pela lógica do individualismo encerra um paradoxo, pois, na medida em que determina uma dificuldade genuína de caracterização do político, também oferece caminhos para lançar novas fronteiras da política que não prescindam da garantia dos direitos individuais. Na acepção de Norberto Bobbio, a concepção individualista da sociedade, pressuposto da sociedade liberal, é a concepção segundo a qual o indivíduo precede a sociedade, isto é, diferentemente do organicismo, que concebe que a sociedade é anterior aos indivíduos, ou, conforme a lógica aristotélica, em que o todo é anterior às partes, “primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade”.⁶

Enquanto teoria do Estado e chave de interpretação da história, o liberalismo é moderno enquanto a democracia como forma de governo é antiga. Em que pese o modo de seu exercício ter se alterado durante os tempos, o significado descritivo geral do termo é o mesmo, ou seja, governo do povo. O titular do poder político é e sempre foi o povo, mas

⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁵ Cf. MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 18.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 15.

o modo de seu exercício se alterou da antiguidade até a modernidade.⁷ O liberalismo moderno e a democracia antiga foram comumente estabelecidos como antitéticos, haja vista que a democracia antiga ainda não conhecia a doutrina liberal de titularidade e fruição de direitos naturais e intrínsecos a todo indivíduo bem como de limitação do poder daqueles que governam. Com o liberalismo, gerou-se uma desconfiança para com toda forma de governo popular. Nesse sentido, a democracia moderna pode ser vista como nascente desse contexto e até mesmo como sua continuação.⁸

Mouffe concebe o liberalismo no presente contexto como um “discurso filosófico com muitas variantes, unido não por uma essência comum, mas por uma multiplicidade do que Wittgenstein denomina ‘semelhanças de família’”.⁹ Todavia, adverte que existem vários liberalismos, alguns mais progressistas que outros, mas, com raras exceções, a tendência dominante no pensamento liberal é caracterizada por um discurso individualista e racionalista que encerra a compressão da natureza das identidades coletivas. Do ponto de vista do indivíduo, o estado é considerado um mal necessário, isto é, a sociedade é concebida de forma positiva e o governo de forma negativa, em que um protege e o outro pune. Com efeito, no pensamento liberal a teoria do controle do poder e a limitação das tarefas do estado caminham juntas, haja vista que o processo de formação do estado liberal contemplou o alargamento das liberdades do indivíduo em relação ao estado.¹⁰

Não obstante seja o individualismo importante para o desenvolvimento da democracia, Chantal Mouffe questiona em que medida ele obstaculizou a extensão dos direitos democráticos. Para

⁷ Bobbio destaca que, na antiguidade, imperava-se a democracia direta, em que o povo participava diretamente das decisões públicas. Na modernidade, por sua vez, é a democracia representativa (indireta) que vige como forma de governo. Considerando o tamanho dos Estados modernos e a impossibilidade de que todos participem da tomada de decisões é a democracia representativa a forma que melhor contempla esses fatores. Nessa ocasião, o autor faz referências aos federalistas, afirmando que considerar que o defeito das democracias cidadinas fosse a presença de facções é, em verdade, um pretexto que reflete o antigo e sempre recorrente desprezo pelo povo por parte dos grupos oligárquicos. *Ibidem*, pp. 31-36.

⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁹ MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 10, tradução nossa.

¹⁰ BOBBIO, op. cit., pp. 20-25.

pensar em soluções aos problemas que se apresentam atualmente nas democracias liberais e pontuar uma articulação efetiva entre valores socialistas e princípio da democracia liberal, a autora defende ser fundamental transcender o marco do individualismo:

O problema é teorizar o indivíduo, não como uma mônada, um eu "desimpedido" que existe antes e independentemente da sociedade, mas como constituído por um conjunto de "posições subjetivas", inscritas em uma multiplicidade de relações sociais, membros de diversas comunidades e participantes em uma pluralidade de formas coletivas de identificação.¹¹

Quando Carl Schmitt assinala as deficiências do individualismo liberal na compreensão do político, o faz reforçando que muitos dos problemas que as democracias liberais enfrentam hoje advém da redução da política à simples atividade instrumental ou a perseguição egoísta de interesses privados. Forjada por uma limitação da democracia a mero conjunto de procedimentos neutros, “a transformação dos cidadãos em consumidores políticos e a insistência liberal em uma suposta ‘neutralidade’ do Estado têm esvaziado de toda substância a política, que se vê reduzida a economia e despojada de todo componente ético”.¹²

O reconhecimento de que a vitória da democracia liberal se deve mais ao colapso de seu inimigo do que a seus êxitos próprios, haja vista a desestabilização das sociedades ocidentais ante o desaparecimento da oposição entre democracia e totalitarismo¹³, remete a um contexto de

¹¹ MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, p. 136, tradução nossa.

¹² *Ibidem*, p. 155, tradução nossa.

¹³ "O fim da oposição entre totalitarismo e democracia, que serviu como a principal fronteira política para discriminar amigo de inimigo, pode levar a uma profunda desestabilização das sociedades ocidentais. Com efeito, isso afeta o próprio significado da democracia, uma vez que a identidade da democracia dependia em grande parte da diferença que havia sido estabelecida em relação à outra que a negava". MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 12, 161, tradução nossa.

crescente desinteresse pela vida política, um sinal alarmante de erosão dos valores democráticos. “O surgimento da extrema direita, o renascimento do fundamentalismo e a marginalização do aumento de vastos setores da população nos recordam que, em nossos países, a situação está longe de ser satisfatória.”¹⁴

Com efeito, o espaço político da democracia liberal não constitui um espaço neutro; ao contrário, trata-se de um ambiente cuja formação é ela própria expressão das relações de poder, as quais podem construir configurações distintas¹⁵. Isto “depende do tipo de interpretação dominante dos princípios de legitimidade e da forma de hegemonia que assim se instaura”¹⁶. Sendo assim, sustentar uma luta pela hegemonia, assumindo a possibilidade de estabelecer um consenso resultante do exercício da “razão pública livre”, como defendido por John Rawls, ou de uma situação ideal de fala, como sustentado por Jürgen Habermas, é eliminar o lugar do adversário e excluir a questão propriamente política do antagonismo e do poder.

Conscientes de que o imprescindível não é empreender uma apologia da democracia, mas sim analisar seus princípios, descobrir suas limitações e tornar reais suas potencialidades, é necessário incorporar a “especificidade da democracia liberal pluralista como forma política de sociedade, como um novo regime, cuja natureza, longe de consistir na articulação de democracia e capitalismo, como afirmam alguns, deve buscar-se exclusivamente no nível do político”¹⁷. Em outras palavras, contra um tipo de pluralismo liberal que porventura escamoteie a dimensão do político e das relações de força, trata-se de restaurar o caráter central do político, reforçando sua natureza constitutiva.

¹⁴ *Ibidem*, p. 161, tradução nossa.

¹⁵ Nesse sentido, Carl Schmitt efetua uma crítica ao discorrer sobre centralização de áreas na era das politizações e neutralizações. Sobre um terreno neutro, desenvolvem-se terrenos de disputas, que caminham novamente para um terreno neutro e, conseqüentemente, tornam-se região de lutas. Nesse sentido, a crença na técnica é pautada na ideia de que agora teria se vislumbrado um terreno neutro. Contudo, a técnica não é neutra, precisamente porque serve a qualquer um. SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 116.

¹⁶ MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, p. 24.

¹⁷ *Ibidem*, p. 24, tradução nossa.

Deste modo, a natureza da democracia moderna supõe o reconhecimento da dimensão antagônica do político, razão pela qual só é possível protegê-la e consolidá-la na admissão de que a política consiste sempre em domesticar a hostilidade e em tratar de neutralizar o antagonismo potencial que acompanha a construção de identidades coletivas. Nesse sentido, “o objetivo de uma política democrática não reside em eliminar as paixões nem em relegá-las à esfera privada, mas sim em mobilizá-las e colocá-las em cena de acordo com os dispositivos agonísticos que favorecem o respeito ao pluralismo.”¹⁸

Mas isso também significa reconhecer - em oposição aos modelos de inspiração marxista - que a realidade social só adquire forma por meio de sua articulação nas relações de poder e que é ilusório - e perigoso - acreditar que ela possa ser dispensada. O objetivo de uma política democrática, portanto, não é erradicar o poder, mas multiplicar os espaços em que as relações de poder estarão abertas à contestação democrática. Na proliferação desses espaços, com vistas a criar as condições de um autêntico pluralismo agonístico, tanto no domínio do Estado como no da sociedade civil, inscreve-se a dinâmica inerente à democracia radical e plural.¹⁹

Nessa perspectiva, o pensamento político de inspiração liberal democrática revela-se impotente para reconhecer a natureza do político, porque remete a uma “impossibilidade de constituir uma forma de objetividade social que não se funde em uma exclusão originária”²⁰. A visão individualista, universalista, racionalista, própria da linguagem liberal, encontra dificuldades de apreender o papel do político e o papel constitutivo do antagonismo precisamente porque deixa em suspenso tudo o que depende da política em sua dimensão de força e relação de amigo-inimigo.²¹ Ou seja, esse tipo de liberalismo é incapaz de

¹⁸ MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, p. 14, tradução livre.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25, tradução nossa.

²⁰ *Ibidem*, p. 12, tradução nossa.

²¹ *Ibidem*, p. 12, tradução nossa.

conceber a natureza pluralística da sociedade, de compreender os conflitos que o pluralismo engendra, conflitos para os quais não há uma escolha racional. Neste ponto, a negação da dimensão antagonica se realiza na medida em que “a típica compreensão liberal de pluralismo é de que nós vivemos em um mundo no qual existem muitas perspectivas e valores e que, devido a limitações empíricas, nunca seremos capazes de adotá-los, mas que, quando colocados juntos, constituem um harmonioso e não-conflituoso conjunto”.²²

Para estabelecer um significado de político, Carl Schmitt²³ elenca o critério da distinção amigo-inimigo²⁴, apto a fornecer as distinções últimas capazes de abrigar as ações especificamente políticas e estabelecer princípios últimos fundamentadores da própria decisão política: “a diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode, teórica ou praticamente, subsistir, sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, estéticas, econômicas ou outras.”²⁵

Esta contraposição situa o político em uma esfera distinta e independente da moral, da estética e da economia na medida em que o inimigo político não necessariamente compreende alguém mau, feio e

²² *Idem*, **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 10, tradução nossa.

²³ Para Schmitt, “o político não tem substância própria”. (SCHMITT, 1994, p. 160), logo, se não é uma substância ou conjunto de objetos, mas sim uma relação, uma função ou modo, uma ontologia política seria uma ontologia relacional e não substancialista e, ainda, a determinação do político dar-se-ia a partir de um “critério conceitual” (Begriffsmerkmal) e não por uma ‘definição de essência’ (Wesensbestimmung), ou seja, o objetivo é apenas trazer as características determinantes de uma noção, já que o problema do político é um unermessliches Problem. Assim, qualquer relação social pode tornar-se uma grandeza política quando chega ao ‘ponto decisivo’ (entscheidenden Punkt), caracterizado pela intensidade da oposição especificamente política. LIMA, Deyvison Rodrigues Lima. O conceito do político em Carl Schmitt. **Argumentos Revista de Filosofia**, ano 3, n. 5, 2011, p. 166.

²⁴ “Os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados em seu sentido concreto, existencial, não como metáforas ou símbolos, não misturados e enfraquecidos mediante noções econômicas, morais ou outras, e menos ainda psicologicamente, como expressão de sentimentos e tendências, num sentido privado-individualista. Eles não constituem contraposições normativas nem ‘puramente espirituais’”. SCHMITT, op. cit., p. 54.

²⁵ SCHMITT, op. cit., p. 52.

prejudicial – no sentido de ser um concorrente econômico (às vezes, inclusive, fazer negócios com este pode ser proveitoso) – ou bom, belo e economicamente útil. Para Schmitt, o inimigo é simplesmente o outro, o estrangeiro, de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele. Dessa forma, “inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, combatente, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isso, público.”²⁶

O critério do político em Schmitt, portanto, absorve a diferença específica que é a relação amigo-inimigo. Isso implica, conforme pontua Mouffe, “a criação de um ‘nós’ que se estabelece em oposição a um ‘eles’ e se situa, desde o início, no domínio das indetificações coletivas”.²⁷ Dessa forma, o político está sempre relacionado com conflitos e antagonismos, indicando os limites de qualquer consenso racional e revelando que “todo consenso de baseia em atos de exclusão”.²⁸

A força do político pode ser extraída de diversas áreas da vida humana, como no âmbito da moral, do econômico ou do religioso, porém, não designa um âmbito próprio; emerge do grau de intensidade de eventuais associações ou dissociações. Em outras palavras, ainda que o motivo do agrupamento amigo-inimigo seja de cunho religioso, cultural, étnico ou econômico, em diversos momentos a força desse antagonismo concreto impulsiona tanto a formação do amigo-inimigo quanto o enfraquecimento das causas “puramente” econômicas ou religiosas ou culturais que ensejaram a formação dos vínculos, vislumbrando-se, dessa forma, uma situação que passou a ser política.²⁹

Assim:

²⁶ SCHMITT, op. cit., p. 55.

²⁷ MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, p. 168, tradução nossa.

²⁸ *Ibidem*, p. 168, tradução nossa.

²⁹ Sobre o assunto, Mouffe explica: “No entanto, de acordo com Schmitt, essa tentativa de aniquilar o político está condenada ao fracasso, uma vez que o político, que extrai sua energia das mais variadas fontes, é impossível de domar e ‘toda antítese religiosa, moral, econômica, ética ou de qualquer outra índole, se transforma em política se for forte o suficiente para agrupar seres humanos que estejam efetivamente de acordo sobre amizade e inimizade’”. *Ibidem*, p. 169, tradução nossa.

[...] político, em todo caso, sempre é o agrupamento que se orienta na perspectiva da eventualidade séria. Por isso, ele é sempre o agrupamento humano determinante, e a unidade política, portanto, se estiver presente, será sempre a unidade normativa e soberana, no sentido de que a ela caberá sempre, por definição, resolver o caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional.³⁰

A possibilidade real de ocorrência da guerra, do conflito, integra o requisito para distinguir amigo e inimigo, único critério possível para reconhecer o político para Schmitt³¹. Nesse sentido, “justamente a eventualidade excepcional tem um significado especialmente decisivo e revelador do núcleo da coisa. Pois somente no combate real apresenta-se a consequência extrema do agrupamento político de amigo e inimigo. A partir dessa possibilidade extrema é que a vida das pessoas adquire uma tensão especificamente política.”³² Em outras palavras, o antagonismo político é tanto mais intenso quanto mais se aproxima dos extremos da noção de amigo-inimigo. Esse critério coincide com o Estado como um todo, enquanto unidade política organizada.

Ao discorrer sobre a natureza do político, Mouffe se utiliza da noção de exterior constitutivo como recurso que permite e afirma a primazia do político no sentido schmittiano:

[...] ao indicar que a condição de existência de toda identidade é a afirmação de uma diferença, a determinação de um “outro” que lhe servirá de “exterior”, permite compreender a permanência do antagonismo e suas condições de emergência. Com efeito, no domínio das identificações

³⁰ *Ibidem*, pp. 64-65, tradução nossa.

³¹ Segundo Chantal Mouffe, a relação amigo-inimigo pode ser considerada, na verdade, como uma das associações possíveis de formas de expressão do antagonismo para definir o critério do “nós/eles”. Para ela, “o desafio da política democrática consiste na tentativa de manter a emergência do antagonismo na baía pelo estabelecimento do ‘nós/eles’ de uma maneira diferente”. MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, p. 16, tradução nossa.

³² SCHMITT, op. cit., p. 61.

coletivas – em que se trata da criação de um “nós” pela delimitação de um “eles” –, sempre existe a possibilidade de que esta relação nós/eles se transforme em uma relação amigo/inimigo, isto é, que se converta em sede de um antagonismo. Isto se produz quando se começa a perceber o outro, o que até aqui se considerava segundo o simples modo de diferença, como negação de nossa identidade e como questionamento de nossa existência. A partir desse momento, sejam quais forem as relações nós/eles, ainda que sejam de ordem religiosa, étnica, económica ou de qualquer outra, se converte em política no sentido schmittiano da relação amigo/inimigo.³³

A análise de Schmitt do conceito de *Verfassung* (Constituição) é também útil aqui, especialmente quando se refere ao conceito absoluto de Constituição³⁴. Este indica a unidade do Estado entendido como o

³³ MOUFFE, Chantal. **On The Political**. London and New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005, pp. 15-16, tradução nossa.

³⁴ Segundo Schmitt, podem ser apresentados três significados de Constituição para a primeira suposição, qual seja, um conceito de Constituição como unidade política de um povo que corresponde ao próprio Estado. O primeiro significado é identificado como uma situação específica de toda a unidade política e gestão social de um determinado Estado, de modo que a vida e existência deste consiste na Constituição. Se esta Constituição é abolida, o Estado cessa. O segundo significado compreende Constituição como uma maneira especial de política e gestão social. Constituição significa aqui um domínio específico que afeta todos os Estados e não podem ser separados a partir dele. Constituição corresponde, pois, à forma de governo. No terceiro, o autor descreve Constituição como o princípio da evolução dinâmica de unidade política, como um fenômeno da formação contínua desta unidade a partir de uma força e energia subjacente dinâmicas. Assim, este conceito de Constituição se opõe aos conceitos anteriores (no sentido de uma unidade estática), pois enuncia que a Constituição é mais um ingrediente ativo de um processo dinâmico de energia eficaz, menos um procedimento regulado de prescrições e imputações "normativas". Para a segunda suposição, Constituição em sentido absoluto também pode significar um regulamento legal fundamental, ou seja, um sistema de regras supremas. Nessa ótica, todas as outras leis e regulamentos devem ser capazes de se reportar a uma tal norma. Sob este significado da palavra, o Estado torna-se uma organização legal que repousa sobre a Constituição como a regra fundamental, ou seja, uma unidade de normas legais. SCHMITT, Carl.

ordenamento político da complexidade social. Significa que o conceito absoluto de Constituição, embora a palavra Constituição reconheça várias denominações, deve-se limitar à uma compreensão que abrigue o conceito de unidade política de um povo, cujas designações podem abarcar: (i) o próprio Estado; e, (ii) um sistema fechado de regras. Nos dois casos o conceito de Constituição configura-se como absoluto, pois oferece uma definição de todo. Em vistas disso, é possível afirmar que a Constituição em sentido absoluto pode significar, portanto, a forma concreta resultante de qualquer unidade política existente.³⁵

Uma Constituição nasce mediante uma decisão política unilateral do sujeito do poder constituinte ou mediante uma decisão política plurilateral dos mesmos sujeitos. A Constituição nasce com o Estado. Schmitt pondera, contudo, que fazer-se consciente da existência política não implica em dizer que antes ela não existia, pois o ser político precede o momento constituinte. Assim, o ato pelo qual o povo confere a si uma Constituição é diferente do ato de fundação do Estado.³⁶ É nesse sentido que Mouffe sinaliza que Schmitt apresenta o social não como um conjunto de relações exteriores ao político, algo sobre o qual se impoem regras neutras de procedimento político, mas sim como algo que se pode existir através de um modo específico de instituição fornecido pela política. Sendo assim, “Qualquer *Verfassung* determina sempre uma certa configuração de forças, tanto com respeito ao exterior – com a distinção entre uma forma de sociedade política e outra – como com respeito ao interior, com o provimento de um critério para distinguir entre amigo e inimigo nas diferentes forças sociais.”³⁷

Para Schmitt, o Estado como unidade política³⁸ decisiva faz seu papel quando consegue manter essa unidade, bem como a tranquilidade,

Teoria de La Constitución. Madrid: Alianza Editorial, [1928] 2006, pp. 29-66, tradução nossa.

³⁵ SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, [1928] 2006, pp. 29-66.

³⁶ *Ibidem*, pp. 66-114.

³⁷ MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical, tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999, p. 159, tradução nossa.

³⁸ Historicamente, é possível afirmar que a noção de unidade política e de nacionalidade surgiu no continente europeu como consequência da sistematização política da monarquia absolutista. No continente europeu, por exemplo, especialmente na Espanha, França e nos Estados territoriais alemães se desenvolve o Estado moderno em que o príncipe é absoluto. A palavra

a segurança e a ordem. Esse contexto permite criar uma situação normal em que as normas jurídicas possam valer, pois estas pressupõem uma situação normal para ter validade³⁹. Assim, enquanto um povo existe como esfera do político ele precisa decidir a distinção amigo-inimigo, ainda que somente no caso extremo. Essa é a essência de sua existência política. Se ele não consegue decidir, ele cessa de existir politicamente. E se ele delega a um teceiro ou estrangeiro então esse povo não é mais um povo politicamente livre e está inserido e submetido a um outro sistema político.⁴⁰

A tradição realista à qual o autor é afiliado leva às últimas consequências o paradigma da *Realpolitik* e as situações concretas de poder. Essa tradição reconhece que os embates políticos não se resolvem em termos de justiça – em que pese mobilizem diversas concepções de justiça e a vinculação ou não a determinadas concepções impactem sua efetividade. A ideia é de que os conflitos políticos possuem sua própria gramática. “São embates por poder, formulação que não implica que os agentes políticos sejam necessariamente ‘maus’ [...]. Indica apenas que o poder é o recurso necessário para a realização de qualquer objetivo político, até mesmo para a efetivação de alguma determinada concepção de justiça”.⁴¹

Como se verá adiante, o ponto nevrálgico acerca da judicialização da política e da politização de tribunais consiste na alocação do poder de legislar, ou seja, o poder de instituir normas gerais de aplicação prospectiva. O político está justificadamente associado ao poder de

Estado nesta moderna formação política é designada com acerto, pois oferece uma conexão verbal e mental com a palavra status. Dessa forma, o Estado como um status político se converte em um status absoluto, sendo soberano e seu poder indivisível. Sua unidade política pode ser compreendida a partir da ideia de impermeabilidade, em que sua soberania cumpria a função de superar a legitimidade estado feudal. SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, [1928] 2006, pp. 66-114.

³⁹ “A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um ‘mero pressuposto’ que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante”. SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 13-14.

⁴⁰ Cf. SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 76.

⁴¹ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e Representação: territórios em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 240.

legislar, de modo que a política partidária contenciosa está inevitavelmente associada ao exercício do poder legiferante. Quando normas gerais são criadas é possível que haja discordância sobre seu conteúdo e esse impasse não está adstrito às partes litigantes apenas. A disputa entre a divergência de entendimentos sobre o conteúdo de uma norma “é intrinsecamente política no sentido de que a escolha de uma norma ou interpretação em detrimento de outra deve ser justificável de alguma forma para aqueles que são afetados por tal norma”⁴².

Em uma República, o poder de legislar deve ser exercido pelo povo, direta ou indiretamente, sendo o poder para e pelo povo a principal fonte de direcionamento e de legitimidade em um governo democrático. Essa é a concepção que no ordenamento jurídico brasileiro corresponde à soberania popular, insculpida no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988⁴³. Assim, o Poder Legislativo integra uma instituição representativa que, de acordo com a teoria republicana, exercita justificadamente o poder de legislar. Não obstante, é possível que esse poder de legiferação se realoque entre instituições governamentais, diferindo-se quanto à forma institucional que irá assumir de um poder para outro. Há razões pelas quais certos tipos de leis deveriam ser debatidas e formuladas em um legislativo, assim como há razões para que outras o sejam em órgãos administrativos ou em tribunais. No entanto, “tipos diferentes de legislação substantiva parecem exigir tipos diferentes de razões ou justificações”⁴⁴. Assim, “transferir a legiferação para tribunais e órgãos governamentais, quanto a essas questões, tem o sentido de alterar os tipos de considerações – os tipos de justificações deliberativas – que entram na escolha de políticas alternativas”⁴⁵.

Quando tribunais participam da legiferação essa atividade fica sensível a fatores políticos estruturais que podem ser modelados de forma explícita ou implícita⁴⁶. As condições estruturais favoráveis à

⁴² *Ibidem*, p. 77.

⁴³ Art. 1º, **Parágrafo único**, CF: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴⁴ FERREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 68.

⁴⁵ MIGUEL, op. cit., p. 68.

⁴⁶ Como exemplos no contexto brasileiro, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta

legislação judicial são igualmente favoráveis à regulamentação judicial da conduta de candidatos, autoridades eleitas e nomeações. Nesse sentido, é possível que “juizes desempenhem um papel policiador sobre políticos mesmo quando as condições estruturais para o estabelecimento de políticas pelo judiciário não sejam propícias”⁴⁷, ou seja, “os políticos podem, por exemplo, admitir que têm interesse em recorrer a terceiros mais ou menos independentes para que as regras do jogo sejam seguidas de forma limpa.”⁴⁸ Se, conforme exprime Schmitt, não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial; então pode-se rejeitar a diferenciação dos poderes devido a tendências absolutistas, como usual na teoria do direito público da monarquia constitucional alemã, e pode-se, também, deixar ao juiz uma certa liberdade, mas não se lhe pode outorgar a decisão política, que é assunto do legislador, sem alterar seu posicionamento de direito público.⁴⁹

Estabelecer um conceito de político ou proceder a uma diferenciação entre político e política abriga, aqui, uma distinção que ultrapassa uma questão meramente formal de coerência ou coesão do texto; também não se reduz a uma cautela didática ou metodológica para estabelecer conceitos fundamentais no intuito de informar ao leitor aonde se pretende chegar. Revisitar o político para pensar a política em suas diversas linguagens e expressões, bem como as formas que com ela

Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório. VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, jul.-dez. 2008, São Paulo, pp. 389-406.

⁴⁷ FERREJOHN, op. cit., p. 69.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁹ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 19-71; 193-234.

o direito se relaciona, é, principalmente, alterar o foco de investigação, e inserir o conflito como pressuposto básico da política, com implicações substanciais no direito, especialmente quando um tribunal lida com questões da política nacional. A urgência de se compreender as bases sobre as quais o político se manifesta reconhece na política democrática não um conjunto de práticas que precisam ser domadas sob o argumento de manutenção do Estado de Direito, mas um conjunto de práticas que precisam ser identificadas em suas próprias linguagens.

Político e política são duas denominações comumente associadas ao elemento constitutivo e a práticas cotidianas, respectivamente, de instituições representativas democráticas. Não obstante, ambos circundam também o Supremo Tribunal Federal, não porque este seja reconhecido ou estruturado publicamente para exercer as funções que lhe cabem pautado exclusivamente sob justificações de ordem política, mas porque um tribunal constitucional não se encontra fora do estado e/ou acima da ordem política; ele integra, tal qual o poder legislativo e o poder executivo, a organização do Estado brasileiro. Quando uma Constituição prevê direitos, organiza os poderes e estabelece competências, ela configura a própria unidade do Estado. Compreender que o político e a política também circundam um tribunal constitucional não significa confundir as funções que qualificam o legislativo e o judiciário; significa reconhecer que o ser político precede o momento constituinte e, portanto, um tribunal não está imune às contingências das práticas políticas e da manifestação do político. A questão que se coloca é como esse enfrentamento ocorre ou deveria ocorrer.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS

A judicialização da política é, em algum grau, um fato incontornável das sociedades modernas – principalmente pelo desenho institucional que se observou nas democracias contemporâneas a partir do processo de constitucionalização do direito e na adoção de jurisdições constitucionais –, consistindo um caminho de mão dupla: se, por um lado, ela é a causa da confiança em juízes e tribunais em uma postura ostensiva de verificação política da legislação, por outro, ela também é o encorajamento, por parte do povo e seus legisladores, do crédito a atuações judiciais em vista do descrédito das posturas observadas nas instâncias políticas. Se o político está presente, inevitável e justificadamente, à prática da legiferação, e o povo, bem com os agentes do Estado, compartilham, em alguma medida – dada a

assimetria de informações acerca dos embates políticos⁵⁰ –, a concepção de supremacia de um tribunal constitucional (jurídico, imparcial, imune às pressões políticas) em detrimento de instituições políticas (parcial, política, partidária), então há boas razões que permitem identificar uma distorção na percepção do papel mais ou menos político desempenhado por essas instituições.

Evidencia-se, assim, um descompasso no plano normativo, ou seja, quando se acredita que, idealmente, é mais confiável que tribunais superiores e juízes, que possuem uma alta parcela de independência e frágil responsabilização de suas posturas (*accountability*), resolvam questões morais e/ou filosoficamente controvertidas nas quais todos os cidadãos possuem interesse em jogo. A dissonância também pode ser apontada no plano real da dinâmica do corpo judicial, dado que a estruturação das hierarquias organizacionais de sistemas judiciários reflete um contexto no qual tribunais interagem com seu ambiente político, muitas vezes, de forma bastante partidária, exercendo a função de legislador positivo e, sob o escudo da tarefa inescapável de efetividade da Constituição, representando grupos de interesse corporativos.⁵¹

A expressão “judicialização da política” é bastante controvertida. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder⁵², em trabalho precursor considerado um clássico sobre o tema, sustentam que é possível apontar dois grandes sentidos para essa expressão: expansão da seara dos tribunais ou dos juizes à custa de políticos e/ou administradores ou difusão de métodos decisórios judiciais da seara judicial propriamente dita. Ou seja, “poderíamos dizer que a judicialização envolve, essencialmente,

⁵⁰ Veja-se: HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs). **Tratado de Direito Constitucional**, vol. 2, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 577-608.

⁵¹ Segundo Nadia Urbinati, há uma corrente de opinião difundida nos estados democráticos nestes tempos de profunda crise econômica, particularmente nos estados europeus, que “nos encorajam a pensar que eleitores e representantes eleitos são inadequados para tomar decisões corretas porque seus julgamentos são endogenamente contaminados com raciocínio estratégico e não têm a intenção de produzir resultados corretos ou desejáveis (onde a conveniência é a conformidade com razões independentes da autoridade política da democracia)”. URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, p. 82, tradução nossa.

⁵² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

transformar algo em alguma forma de processo.”⁵³ Nesse aspecto, o *judicial review* das ações do legislativo e do executivo compõe uma forma importante de sobrepor o poder judiciário sob os outros poderes.

Em estudo sobre os sentidos emprestados ao termo, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner destacam que “judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, as quais enunciariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Nesse sentido, a ideia de judicialização envolve as dimensões formal e substancial do exercício das funções judiciais, pois “se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes”⁵⁴. Concluem que, de um modo geral, a expressão é utilizada em sentido normativo, tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira⁵⁵.

Segundo Ran Hirschl⁵⁶, a judicialização da política constitui umas das principais consequências do contexto da supremacia constitucional, em que o aumento contínuo da confiança nos meios jurisdicionais transformou tribunais superiores nacionais em influentes órgãos políticos de tomada de decisão⁵⁷. Unidos do instrumento do

⁵³ VALLINDER, Torbjorn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 15.

⁵⁴ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. *In*: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 28.

⁵⁷ “Os exemplos incluem o destino da presidência norte-americana, a guerra na Tchetchênia, a agitação política quase constante no Paquistão, a cidadania multicultural na Europa Ocidental, o lugar da Alemanha na UE, dilemas de justiça de transição no mundo pós-comunismo tanto quanto da América Latina pós-autoritarismo e na África do Sul pós-apartheid, o status de populações indígenas na Austrália e na Nova Zelândia, o futuro político do Quebec e da Federação Canadense, a eminência da lei Shari’a no Egito, a natureza secular do sistema político na Turquia, ou a definição fundamental de Israel como ‘Estado

judicial review, os tribunais superiores são chamados a resolver um amplo leque de questões. Esse fenômeno estabeleceu o primado da supremacia da interpretação judicial sobre a lei, conferindo progressiva supremacia política à interpretação realizada pelo Judiciário. Para o autor, a judicialização da política tornou-se um fenômeno mundial ^{BEM COMO} alcançou patamares megapolíticos, revelando-se uma realidade compartilhada por muitos países ao redor do mundo, especialmente no período pós-guerra, marcado pela universalização dos tribunais constitucionais e pela utilização do recurso ao controle de constitucionalidade.

John Ferejohn, por sua vez, sinaliza três modos nos quais o Judiciário vem desempenhando papéis importantes em relação ao Legislativo. Primeiramente, aponta para uma imposição de limites ao poder das intuições legislativas na medida em que “os tribunais têm-se tornado cada vez mais capazes e dispostos a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar”⁵⁸. Em um segundo enfoque, destaca que “as salas de audiência passaram a servir cada vez mais de lugar para a realização de política substantiva”⁵⁹. Por fim, “os juizes têm se mostrado cada vez mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política (...) ao criar e aplicar padrões de comportamentos aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e autoridades tanto eleitas quanto nomeadas”⁶⁰.

Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário não é um processo recente e compreende uma consequência do avanço das denominadas constituições rígidas, com sistemas de controle de constitucionalidade, de origem norte americana. Contudo, a expansão da autoridade judicial é mais perceptível quando da adoção de constituições mais ambiciosas. Ou seja, as constituições contemporâneas⁶¹ são desconfiadas do

judeu e democrático’ e a correspondente questão ‘quem é judeu?’”. *Ibidem*, p. 28.

⁵⁸ FEREJOHN, op. cit., p. 63.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁰ FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 63.

⁶¹ “Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da

legislador, confiando ao Judiciário a função de guardião da constituição e ao Legislativo e ao Executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte.⁶² Não obstante, para Oscar Vilhena Vieira, a hiperconstitucionalização da vida contemporânea constitui a consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa, de modo que “uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”.⁶³

Observa-se que considerar a judicialização da política como um fenômeno unilateral de transferência do poder legiferante ao Judiciário constitui uma análise parcial do problema. Isso porque, se por um lado a judicialização constitui a causa da atribuição de confiança progressiva e latente no Judiciário para tratar sobre questões morais, por outro, também é o resultado do encorajamento, por parte do povo e seus legislativos, de uma atuação judicial capaz de assegurar um amplo conjunto de valores humanos. Nessa perspectiva, existem boas razões pelas quais maiorias políticas delegam a verificação política do Legislativo a tribunais, assim como bons argumentos que ilustram a disposição de tribunais para limitar e regular a autoridade parlamentar. Portanto, a judicialização pode ser reconhecida como uma via de mão dupla, pois a frequente interferência de tribunais nos processos políticos também evidencia que os atores políticos, ou grupos de ação política, possuem motivos para considerar a possibilidade de uma atuação judicial mais incisiva.

Sob essa ótica, é possível analisar a judicialização com enfoque em dois aspectos que John Ferejohn denominou de hipótese da fragmentação e hipótese dos direitos. O primeiro, como “uma crescente fragmentação do poder dentro dos poderes políticos, a qual limita a capacidade dos mesmos para legislar ou de ser o lugar onde a política é efetivamente formulada”⁶⁴. Isso significa que, quando instituições políticas não podem agir, as pessoas tendem a procurar instituições que forneçam uma resposta que lhes pareça adequada frente à concretização de uma demanda. Tribunais, usualmente, ocupam essa posição. A

lei e de políticas públicas”. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez de 2008, p. 443.

⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez de 2008, pp. 441-464.

⁶³ *Ibidem*, p. 443.

⁶⁴ FERREJOHN, op. cit., p. 80.

hipótese dos direitos é “a percepção de que se pode confiar nos tribunais (ou ao menos em alguns tribunais) para proteger uma ampla gama de valores importantes contra abuso político potencial”⁶⁵. Evidencia-se, aqui, a ideia de que a partir do momento que tribunais começaram a proteger direitos e liberdades pessoais a oposição à postura expansiva do judiciário justificadamente diminui.

De fato, denota-se que: porque a comunidade passou a canalizar no Poder Judiciário a busca por efetivação de direitos não assegurados pelas instituições políticas é que a confiança no papel dos juízes resultou observada e, portanto, a atuação mais ostensiva dos tribunais constitui a causa da confiança de uma resposta – considerada mais adequada – do Poder Judiciário. Por outro lado, a judicialização como consequência evidencia que: porque existem interesses em jogo é que o processo de judicialização da política se tornou interessante para os atores políticos e para juízes e tribunais, de forma a blindar eventual inobservância das regras do jogo e proteger interesses, aproveitando de uma situação de crise e/ou descrédito da política partidária.

Esse fenômeno de mão dupla será explorado considerando dois pontos importantes: a) a percepção distorcida da natureza estritamente jurídica atribuída ao Judiciário e intrinsecamente política ao Legislativo ocasiona posturas mais ou menos defensáveis da alocação do poder de legislar no Judiciário e/ou em tribunais constitucionais; b) o papel desempenhado pelas hierarquias organizacionais é crucial para destacar a dinâmica real do corpo judicial e, portanto, a maneira como os tribunais interagem com seu ambiente político.

É natural atribuir às instituições explicitamente políticas (os poderes Legislativo e Executivo) e à instituição prioritariamente competente para a decisão sobre conflitos técnico-jurídicos (o Poder Judiciário) papeis distintos. John Ferejohn⁶⁶ elucida essa associação elaborada pela teoria democrática clássica pontuando que à política corresponde as atividades do Legislativo e, ao direito, as atividades do Poder Judiciário. Ou seja, na atuação do Legislativo a política é “natural”, inevitável e legítima; em contraposição, o espaço do direito ou da aplicação da lei está reservado às salas de audiências, de modo que a controvérsia a respeito da interpretação da lei consiste precisamente em uma questão técnica de encontrar os princípios adequados para a resolução do litígio.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁶ FEREJOHN, op. cit., pp. 73-74.

O espectro intrinsecamente político vislumbrado no Poder Legislativo diz respeito à tarefa propriamente encabeçada por ele: uma instituição que elabora leis que dizem respeito e vinculam a todos. Nesse sentido, a sociedade tem interesse em participar e monitorar os debates legislativos como forma de assegurar que seus direitos estejam minimamente representados nessa instância. Esse monitoramento da sociedade para com os representantes corresponde ao direito de participação e alude, sobretudo, à responsabilização que parlamentares possuem perante o eleitorado, cuja atuação envolve, além da eleição, a influência no direcionamento das políticas eventualmente adotadas. “Nesse sentido, espera-se que a política de legiferação seja contenciosa, partidária e ideológica”.⁶⁷

Ao discorrer sobre o direito de participação, Jeremy Waldron elucida que a participação constitui o direito dos direitos, não exatamente por ser um direito moralmente superior, mas, precisamente, porque consiste em um direito apropriado no caso em que os indivíduos divergem sobre os direitos que possuem. Se os indivíduos possuem deveres de cooperação em sociedade, se esses deveres são melhor cumpridos quando dirigidos pelo Estado ao invés de individualmente e se os deveres dos indivíduos são os que orquestram a máquina do governo, então os indivíduos possuem o direito de decidir sobre os mecanismos de decisão que os controlam⁶⁸.

Nessa esteira, o exercício do direito de participação deve ser avaliado a partir de uma descrição do que está em jogo no exercício do poder político. Waldron exemplifica com a seguinte situação: um determinado indivíduo possui um sentido de justiça e tem o necessário para participar das decisões em que seus direitos e dos demais estão em jogo; se este indivíduo é excluído da decisão ele se sentirá menosprezado, não só porque sua noção de justiça não foi considerada, mas também porque não foi considerada em relação a direitos seus que estão em jogo⁶⁹. Isso quer dizer que “eleger, monitorar, criticar e influenciar de qualquer outra forma os legisladores, e até mesmo opor-se

⁶⁷ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁸ Cf. WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducción José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, p. 280.

⁶⁹ Cf. WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducción José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, p. 72.

a eles”⁷⁰ integra o exercício do direito de participação, de modo que este indivíduo ou grupo, assim como os demais, deve ser tratado como igual nos assuntos que afetam seus interesses, seus direitos e suas obrigações. E essa atuação é identificada como, naturalmente, política.

Já na associação de que o Poder Judiciário atua conforme o direito identifica-se a concepção de que interferências políticas não são verificáveis *a priori*. Isso porque a visão usualmente compartilhada circunscreve-se na ideia de que as autoridades jurídicas devem formar tribunais que sejam justos e imparciais e que interpretem as leis de acordo com um ordenamento jurídico previamente estabelecido, solucionando litígios específicos, de modo que os cidadãos não estão dispostos a influenciar a tomada de decisões de juízes como se verifica no processo de deliberação política no Poder Legislativo.

Essa identificação distorcida da neutralidade do Poder Judiciário repousa no próprio aspecto normativo direcionado à prática judicial. Os cidadãos podem promulgar leis por meio de seus representantes e praticar *lobby* junto às autoridades responsáveis pelas nomeações políticas com o objetivo de garantir que juízes competentes sejam nomeados para magistratura, por exemplo. Mas os cidadãos não podem pretender derrubar sentenças judiciais ou, ainda, exercer pressão sob juízes para que julguem ações de uma determinada forma. E mesmo onde se submetem a eleições, causa certo estranhamento a ideia de juízes tendo que realizar campanhas eleitorais ou fazer promessas sobre o modo como decidirão ações futuras.⁷¹ Em razão disso, ao direito e à atividade judicial liga-se a noção de um espaço em que a política – ou, pelo menos, a política partidária – não encontra lugar.

A noção equivocada da correspondência do “político” ao Poder Legislativo, como instância parcial, intrinsecamente política e partidária, e do jurídico ao Poder Judiciário, como espaço de imparcialidade, neutralidade, independência e dotado de um corpo de sujeitos imunes às pressões políticas gera o descompasso no plano normativo. Ou seja, a defesa de que se deve conferir a tribunais superiores e juízes, que possuem uma alta parcela de independência e frágil responsabilização de suas posturas (*accountability*), a competência para resolver questões morais e/ou filosoficamente controvertidas. Esse descompasso não só é passível de questionamentos no plano normativo como não é necessariamente verificável na realidade, já que o contexto em que

⁷⁰ FEREJOHN, op. cit., p. 73.

⁷¹ *Ibidem*, p. 74.

Cortes Constitucionais estão inseridas, semelhante ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, é conformado por investimentos políticos e conflitos interpretativos, refletindo um contexto no qual Cortes interagem com seu ambiente político, muitas vezes, de forma bastante partidária.

A prática judicial constitui o foco da análise política do pensamento jurídico e, conforme destacado por Andrei Koerner⁷², integra a lógica do regime governamental⁷³ e do regime jurisprudencial⁷⁴. O desafio de buscar o contrabalanceamento ou fiscalização do poder, no objetivo de recuperar mecanismos de *accountability* e de eficiência do Judiciário brasileiro, por exemplo, integra os esforços da ciência política desde 1990, quando se iniciaram as reformas do Judiciário e do estado. As pesquisas no STF destacaram, primeiramente, que tribunais teriam poderes amplos de controle e independência excessiva, levando ao aumento do número de litígios, a problemas de eficiência e ao ativismo dos juízes, que utilizariam seus poderes para bloquear ações governamentais voltadas à modernização e racionalização do Estado. O STF era visto como exercendo um real poder de fiscalização e as ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) seriam típicas dos problemas de acesso relacionados aos de independência e ineficiência.⁷⁵

Outra abordagem, apontada por Luís Werneck Vianna⁷⁶, considerou que houve a passagem de uma democracia majoritária para uma democracia funcional. Isto é, inicialmente a participação era centrada em eleições e decisões políticas no Parlamento, sendo que as normas e os princípios constitucionais seriam da ordem de garantias de direitos individuais. A democracia funcional caracterizou-se como uma

⁷² KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial. **Novos estudos** – CEBRAP, DOSSIÊ: 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, n. 96. São Paulo, July 2013, pp. 76-77.

⁷³ Regime governamental diz respeito à articulação geral, realizada pelas instituições políticas, das estratégias de poder de uma formação social e indica a maneira pela qual se programa e reflete a direção política da sociedade e a condução dos indivíduos. *Ibidem*, p. 76.

⁷⁴ Regime jurisprudencial refere-se à maneira pela qual, articulada a um regime governamental, a prática judicial formula problemas, doutrinas e conceitos num esquema interpretativo e um repertório de soluções jurídicas. *Ibidem*, p. 76.

⁷⁵ KOERNER, op. cit., p. 75.

⁷⁶ VIANNA, Luís Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

participação ampliada em diversos espaços da sociedade civil e do Estado, em que as normas constitucionais seriam a formulação de objetivos comuns voltados à promoção de direitos individuais e coletivos. O maior protagonismo dos tribunais em relação a temas sociais e políticos seria positivo para a maior efetividade dos direitos e o fortalecimento da democracia.

A associação do “político” ao Legislativo e do “jurídico” ao direito implica na percepção de que as atividades legislativa e judiciária devem ser conduzidas de maneira separada, respeitando princípios distintos, e que a atividade política pode e deve estar circunscrita no poder legislativo. Essa visão, contudo, é reconhecida como demasiado simplista. Tanto a legiferação administrativa quanto a judicial são inevitáveis e justificadamente politizadas, e “nada em nenhuma dessas áreas políticas as torna exclusivamente adequadas à determinação judicial em lugar da legislativa”⁷⁷. Isso porque os tribunais agem em parte porque os legislativos não podem agir, ou, quando podem, agem de forma inapropriada.

O debate acerca do aspecto jurídico ou político da atividade judicial, mais especificamente da jurisdição constitucional, foi a pedra de toque que emplacou as discussões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen relativamente ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Nessa oportunidade, Schmitt denomina a corte americana como um estado judicial⁷⁸ na medida em que ela interpreta de forma autoritária conceitos como propriedade, valor e liberdade. A principal característica dessa Corte, de acordo com o autor, “reside no fato de que ela, com a ajuda de pontos de vista básicos e princípios gerais, os quais só podem ser abusivamente qualificados de ‘normas’, examina a retidão e a racionalidade de leis e, por conseguinte, dado o caso, trata uma lei como não-aplicável”⁷⁹. Esta Corte, portanto, apresenta-se guardiã de uma ordem social e econômica perante o Estado; um poder transcendental perante o Estado, de acordo com R. Gneist.⁸⁰

Hans Kelsen, por sua vez, explana que se enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – usando a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em

⁷⁷ FERREJOHN, op. cit., p. 76.

⁷⁸ SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 22.

alguma medida, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. Diante disso, a visão de que “somente a legislação seria política é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva”⁸¹. Para o autor, trata-se de duas variantes de um mesmo erro, pois, na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está conferindo um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui a legislação. Porém, o autor adverte que a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim como um problema sobre a melhor configuração da função desta jurisdição. Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder.⁸²

Nesse sentido, continua apropriada a objeção democrática levantada por Carl Schmitt de se assumir como aproblemática a atribuição da competência para garantia da Constituição, sem maiores balizas, a um tribunal constitucional. Essa reflexão pode ser corroborada especialmente se considerarmos dois fatores: o primeiro, porque a decisão sobre qual norma geral deve ser aplicada em detrimento de outra é política e, conseqüentemente, a argumentação judicial nesses casos é também política; a segunda, porque a legislação judicial positiva (quando juízes criam leis em razão da abstenção do legislativo em fazê-lo), elaborada por um órgão judicial independente e isolado, gera dificuldade de controle.

⁸¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

⁸² “[...] normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares – não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento”. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 262-263.

A política partidária contenciosa está inevitavelmente associada ao exercício do poder legiferante e, sendo assim, um tribunal, ao exercer a função de legislador positivo, não está imune a pressões políticas. Para Ferejohn:

A argumentação judicial nunca é expressa em termos partidários, mas discussões sobre quais normais deveriam ser adotadas são, não obstante, políticas. Essas discussões dizem respeito à maneira como os textos legais e os julgamentos anteriores devem ser entendidos, ou ao que a Constituição, ou alguma concepção de justiça, exige. Independentemente do modo como são formuladas, essas disputas dizem respeito às normas que devem governar a vida dos cidadãos, e todos têm interesse em ver como são decididas.⁸³

Existem boas razões pelas quais se pode argumentar que certos tipos de leis sejam criadas pelo Judiciário ou pelo Legislativo. Isso significa, também, que há razões diferentes para interesses e matérias em jogo diferentes, tomadas como referência em instituições diferentes. Portanto, “transferir a legiferação para tribunais e órgãos governamentais, quanto a essas questões, tem o efeito de alterar os tipos de considerações – os tipos de justificações deliberativas – que entram na escolha de políticas alternativas”.⁸⁴

O que se está a afirmar é que a política tende a seguir a legislação e, aqui, encontra-se um fato empírico – do que observamos no plano da realidade – e considerações normativas – de como é desejável que seja, uma vez que a elaboração de leis diz respeito a todos que estão submetidos a elas e, portanto, todos devem poder influenciar em seus processos. Nesse sentido, não há algo de errado no fato de a legislação judicial possuir aspectos políticos; espera-se, contudo, que a política concernente ao Legislativo seja diferente da política identificável no Judiciário. Dessa forma, “o poder de legislar deve estar submetido à contestação e à deliberação política daqueles a quem as normas afetam.

⁸³ *Ibidem*, p. 77.

⁸⁴ FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 68.

A configuração da política judicial, contudo, é e deve em certos pontos ser diferente daquela que circunda os poderes políticos”.⁸⁵

A dificuldade de se estabelecer parâmetros de controle na legislação elaborada por um órgão judicial independente e isolado assenta-se na fragilidade de se encontrar uma justificação popular nesse espaço. Mesmo que estejam confortáveis com o fato de políticos nomearem juízes, os cidadãos não estão acostumados a responsabilizar juízes por suas ações na magistratura⁸⁶. Assim, “um retrato melhor do papel legislativo de tribunais em uma sociedade democrática enfatizaria que a legitimidade da legiferação judicial está baseada em seu caráter deliberativo. Desse ponto de vista, a principal característica do processo legislativo judicial surge da fraqueza de suas credenciais democráticas”.⁸⁷

Segundo Carlo Guarnieri, as últimas décadas denotam que nos países europeus as garantias da independência do Judiciário foram fortalecidas. Países pertencentes à tradição latina – Itália, França, Espanha e Portugal – sofreram uma mudança mais acentuada, e isso ocorreu não só no cenário institucional do judiciário, mas também no aumento do desempenho de tribunais no papel na verificação dos ramos políticos.⁸⁸ Para o autor, a garantia da independência judicial é um conceito que carrega um espectro de ambiguidade. Por um lado, a independência judicial é entendida como a independência institucional, isto é, como as garantias que os juízes desfrutam frente aos ramos

⁸⁵ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁶ “Diferentemente do legislativo, espera-se que o judiciário participe de um processo deliberativo para encontrar ou para moldar normas gerais. Mais especificamente, ao menos no nível recursal onde tal legiferação ocorre de forma mais explícita, os tribunais devem oferecer justificações arrazoadas tanto para suas decisões quando para mudanças doutrinárias. Na medida em que se espera que os tribunais forneçam razões, eles são responsabilizáveis por suas decisões. Eles não são, é claro, responsabilizáveis da mesma maneira que as autoridades eleitas. Uma decisão mal arrazoada não fará com que o juiz seja removido da magistratura. Mas a finalidade daquela decisão – se ela será recorrida ou anulada – e o seu alcance, por meio de quaisquer normas que se intencionasse instituir com ela, podem ser limitados por outros juízes, juristas ou autoridades eleitas. Decisões mal justificadas tendem a não ter impacto extensivo”. *Ibidem*, p. 79.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁸⁸ Cf. GUARNIERI, Carlo. Courts as an instrument of horizontal accountability. *In: MARAVALL, Jose Maria; PRZEWORSKI, Adam. Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 224.

políticos do governo. Por outro, o termo refere-se ao comportamento dos juízes, à sua independência no tribunal. No entanto, conforme destacado pelo autor: “se, como regra geral, para se comportar de forma independente, um juiz precisa ser independente das partes no caso (e, portanto, também do executivo), não se segue que os juízes institucionalmente independentes se comportem automaticamente de maneira independente”.⁸⁹

Para obter um controle efetivo do modo como o poder político é exercido, os juízes devem ser independentes, mas também capazes de intervir em casos significativos. Esse dilema nos direciona à compreensão de que, para avaliar o papel do sistema judiciário como um controle político, não só o *status* do judiciário deve ser levado em consideração; também é fundamental considerar a estrutura do sistema judicial⁹⁰. Destarte, a fim de analisar o papel das cortes na verificação política é preciso levar em conta como se estruturam os sistemas judiciários e no que esse desenho institucional resulta no papel mais ativo de tribunais na política de legiferação.

Após a Segunda Guerra Mundial observou-se um movimento de restrições impostas a maiorias parlamentares, de modo que a visão tradicional segundo a qual a democracia implica o domínio da maioria sob a forma de supremacia parlamentar passou por uma crescente crítica, conforme aponta Carlo Guarnieri:

Na Europa desde a Segunda Guerra Mundial, os regimes democráticos incorporaram cada vez mais constrangimentos substanciais ao que a maioria parlamentar pode fazer. Não só a autoridade pública deve ser exercida dentro das regras gerais, mas os cidadãos são considerados como titulares de direitos fundamentais, cujo exercício deve permanecer fora da vontade da maioria. Portanto, submeter o desempenho de funções públicas ao escrutínio de juízes independentes torna-se um controle efetivo e essencial do exercício do poder político, garante a supremacia da lei e garante os direitos dos cidadãos.⁹¹

⁸⁹ *Ibidem*, p. 223, tradução nossa.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 225, tradução nossa.

⁹¹ *Ibidem*, p. 223, tradução nossa.

Segundo Leonardo Avritzer e Marjorie Corrêa Marona, o processo de constitucionalização das democracias contemporâneas envolve especialmente o fenômeno da reconstrução dos países derrotados na Segunda Guerra (Japão, Itália e Alemanha), uma vez que “nos legou um modelo de controle de constitucionalidade das leis que permite que se estabeleça um diálogo consistente, no campo dos direitos, capaz de avançar reflexões acerca do acesso à justiça ou das lutas de cidadania, especialmente em face de sociedades marcadas por diferenciações em termos de classe”.⁹² Nesse ponto, portanto, é útil reconhecer a influência dos debates em torno da constitucionalização da vida política, que se desenrola na Europa, em meados do século XX.

É nesse contexto europeu, mais precisamente entre as duas grandes guerras, que Hans Kelsen propõe a adoção de tribunais constitucionais. A conjuntura perpassava por uma quebra de paradigmas hermenêuticos, em que se enaltecia o particular em detrimento do universal⁹³. Essa perspectiva gerou a insuscetibilidade de submissão de uma interpretação a outra, mas também garantiu que não houvesse supremacia cultural de um país sobre o outro, o que se institucionalizava com a supremacia parlamentar, uma vez que cabia aos parlamentos a representação das distintas visões de mundo.⁹⁴

Foi no contexto de um ato político – decorrente da vitória norte-americana na Segunda Grande Guerra – que os tribunais constitucionais se institucionalizaram. A jurisdição constitucional obteve aceitação rápida e generalizada na Itália e em outros países da Europa, especialmente em razão do fator da expansão do conjunto de direitos a serem protegidos pelos tribunais constitucionais. A necessidade de se confiar a um tribunal constitucional a garantia da atividade legiferante na proteção de valores fundamentais foi sentida, de maneira mais acentuada, pela Itália e Alemanha inicialmente, uma vez que os processos de legiferação nesses países foram extremamente

⁹² AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 15. Brasília, set. – dez. de 2014, pp. 76-77.

⁹³ “O primeiro tribunal constitucional em território europeu foi previsto pela Constituição austríaca de 1920, por obra e influência de Hans Kelsen, tendo gerado enorme polêmica no continente”. *Ibidem*, p. 76.

⁹⁴ Cf. VALLINDER, Torbjorn; HIRSCHL, Ran; FOREJOHN, John; etc. **Judicialização da Política**. MOREIRA, Luiz (Org.). Editorial: São Paulo, 2012, p. 6.

enfraquecidos no tocante à observância de direitos humanos em razão dos regimes fascista e nazista. Suspeitava-se não apenas do legislativo, mas também de tribunais ordinários na tarefa de barrar a legislação autoritária.⁹⁵ É por isso que “a instituição de novos tribunais constitucionais, que teriam o poder de derrubar leis, mas que seriam independentes do próprio judiciário, foi parte da resposta a essa dupla circunstância de desconfiança quanto ao legislativo e ao sistema judiciário ordinário”.⁹⁶

No Brasil, após 1985, com o fim da ditadura militar, os direitos civis foram restabelecidos; e, após 1988, com a promulgação da nova Constituição, os direitos políticos adquiriram uma amplitude nunca antes experimentada pelo povo brasileiro. A constitucionalização dos regimes políticos, a partir dos instrumentos de revisão judicial e controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, chegou ao Brasil com a redemocratização, alterando-se o padrão de relação entre as tradicionais instituições políticas representativas e o Judiciário e/ou cortes constitucionais⁹⁷. Esse fenômeno ocasionou uma enorme autonomia do Poder Judiciário no novo quadro constitucional.

Um exemplo sobre como as reformas que têm alterado as posições de juízes europeus implicaram em mudanças que têm afetado o sistema judicial, é o estudo de Carlo Guarnieri. O autor elenca elementos⁹⁸ que influenciaram a concreta posição de juízes individuais e permitiram verificar o escopo das gradações de independência judicial (externa ou interna)⁹⁹, discorrendo sobre a organização judicial do continente. A independência externa “refere-se às relações entre o poder judiciário e os outros ramos do governo”, enquanto que a independência interna “concentra-se em garantias pessoais destinadas a proteger os indivíduos de pressões indevidas provenientes da organização, nomeadamente de outros juízes”. Para avaliar as garantias da independência que os juízes desfrutam, Guarnieri destaca a necessidade de se considerar o conjunto do sistema institucional do judiciário, como nomeações, transferências, procedimentos disciplinares e padrões de carreira. A justificava se encontra, precisamente, no fato de que “todos

⁹⁵ Cf. FERREJOHN, op. cit., p. 82.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁹⁷ Cf. AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa, op. cit., pp. 81-82.

⁹⁸ Para avaliar as garantias da independência que os juízes desfrutam é preciso considerar o conjunto do sistema institucional do judiciário (nomeações, transferências, procedimentos disciplinares e padrões de carreira).

⁹⁹ GUARNIERI, op. cit, p. 225, tradução nossa.

esses elementos influenciam a posição concreta dos juízes individuais e permitem uma avaliação do alcance real do gradiente interno e externo da independência judicial”¹⁰⁰. E, em sua visão, a intervenção externa que juízes sofrem¹⁰¹, “embora com diferentes formas, representou o canal institucional mais importante que liga o sistema judiciário ao sistema político”¹⁰².

Destaque deve ser conferido aos Conselhos Superiores do Judiciário nos países de origem latina, instituições criadas com o intuito de fortalecer a independência dos tribunais, constituindo um elemento crucial para entender como as relações entre os tribunais e as políticas evoluíram nesses países. Para o autor, “o nível de independência tende a ser maior quando membros judiciais recebem a maioria dos assentos e são eleitos diretamente pelos seus colegas. Do mesmo modo, as garantias de que gozará o Judiciário serão mais amplas quando as funções confiadas aos Conselhos Superiores forem mais amplas”.¹⁰³ Alguns exemplos podem ser tomados como referência na estruturação de Conselhos Superiores¹⁰⁴ na Itália, Espanha, Portugal e França, em que se evidenciou que as mudanças introduzidas neste sistema no período do pós-guerra aumentaram, no geral – embora com uma extensão variada –, a independência institucional do judiciário¹⁰⁵. Não só a independência externa foi reforçada, mas o gradiente interno foi reforçado, enfraquecendo o papel tradicional desempenhado por níveis mais elevados nestes judiciários.

Desse ponto de vista, a capacidade de um judiciário burocrático para sustentar o Estado de Direito pode ser questionada e implica em um

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 225, tradução nossa.

¹⁰¹ A "revisão dos pares", um dispositivo típico de controle social em organizações profissionais, é substituída por avaliações formais e escritas elaboradas por juízes de alto escalão. Além disso, o processo de tomada de decisão que leva a promoções muitas vezes vê a participação de outros atores, colocados fora do sistema judicial: especialmente o executivo, isto é, o Ministério da Justiça. *Ibidem*, p. 226, tradução nossa.

¹⁰² *Ibidem*, p. 226, tradução nossa.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 226, tradução nossa.

¹⁰⁴ Para aprofundamento, consultar: GUARNIERI, op. cit., pp. 226-230.

¹⁰⁵ Sobre os Conselhos Superiores, “eles fornecem uma arena para as contínuas interações entre o judiciário e a classe política, suas decisões são muitas vezes o produto de trocas entre facções judiciais e representantes de partidos políticos (por exemplo, quando as nomeações para posições-chave devem ser feitas)”. GUARNIERI, op. cit., p. 238, tradução nossa.

risco evidente para a democracia, especialmente na ocasião em que a interpretação das leis se tornar o domínio exclusivo de burocratas automeados¹⁰⁶. Esse é o exemplo que os países europeus latinos emprestam, em que a necessidade de fortalecer a independência judicial os levou a transferir cada vez mais poderes executivos para órgãos colegiados, como os Conselhos Superiores. No entanto, quando os juízes controlam os conselhos, os interesses corporativos tendem a ser privilegiados e, às vezes, o poder das facções judiciais se torna uma ameaça à independência do juiz individual. Por outro lado, quando os membros políticos ou parlamentares são a maioria, não é um ganho tão grande quanto à situação anterior de predominância executiva.¹⁰⁷

Nas palavras de Carlo Guarnieri:

A independência judicial não pode tornar-se uma barreira para uma avaliação efetiva das qualificações profissionais dos juízes. Acima de tudo, não deve se divorciar do poder judicial do sistema político. Não é só que o significado das decisões judiciais nas democracias contemporâneas exige que os juízes sejam feitos de alguma forma responsáveis. Há mais do que isso. À medida que o poder judicial se expande, um incentivo é criado para grupos políticos pressionarem o judiciário, explorando todos os canais de influência disponíveis. Por ser impossível fazer desaparecer a política, parece mais sensato canalizar a pressão política de maneira institucional. Desta forma, a forma como a influência política é exercida pode ser melhor exposta e conseqüentemente limitada, enquanto o poder judicial também é verificado: para evitar abusos, todo o poder deve ser verificado e o judiciário não é exceção¹⁰⁸.

Em sentido similar estão as considerações de John Ferejohn, para quem “a composição da magistratura e do funcionalismo jurídico em

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 239.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 239.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 240, tradução nossa.

geral é permeável à influência dos mesmos grupos de interesse”.¹⁰⁹ E isso pode ser observado tanto na estrutura dos tribunais constitucionais europeus quanto do tribunal estadunidense. Este, como observado por Tocqueville, é particularmente aberto à formação e à proliferação de associações e grupos de interesse¹¹⁰, sendo que essas organizações têm sido eficientes em buscar seus interesses políticos dentro do terreno legal no qual a deliberação e a argumentação são o modo como normas gerais são adotadas e modificadas¹¹¹. Os tribunais europeus, por sua vez, são menos suscetíveis ao escrutínio público do que os norte-americanos. Isso porque a deliberação ocorre em segredo, os acórdãos são proferidos *per curiam* (do tribunal como um todo) e, muitas vezes, não permitem a publicação de votos vencidos. Para Forejohn, essa estrutura resulta em menos chances de que grupos de interesse visualizem como juízes sentenciam ou votam e, portanto, restam reduzidas as críticas ou elogios por suas ações na magistratura. Nesse sentido, “embora os tribunais constitucionais europeus possam ser tão políticos quanto os tribunais estadunidenses, no sentido de participarem

¹⁰⁹ FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 92.

¹¹⁰ À esquerda, a Associação Nacional para o Avanço de Pessoas de Cor, a Organização Nacional para Mulheres, o Conselho de Defesa de Recursos Nacionais, a União Norte-Americana de Liberdades Civas entre outros. À “direita”, há a fundação Jurídica Pacifista, a Sociedade Federalista, entre outras. FEREJOHN, John, op. cit., p. 91.

¹¹¹ Em sua pesquisa, Andrei Koerner também apresenta algumas proposições sobre as relações entre jurisprudência e política, ilustrando com referência à Corte Warren e à Corte Rehnquist. Em síntese, o autor conclui que: agentes situados em espaços institucionais distintos têm incentivos para cooperarem; a Corte reage de modos diversos aos incentivos, pois tem suas lógicas próprias de ação, agendas substantivas e prioridades; historicamente, a agenda das cortes não tem sido autogerada; não há sincronia ou relação causal, mas antes a sua convergência não linear e imperfeita entre realinhamento partidário e mudança jurisprudencial; o papel político da Suprema Corte é amplo e complexo, pois é mobilizada para decidir sobre questões críticas e suas respostas produzem impactos imprevistos; decisões judiciais podem gerar estratégias de resistência e contramobilização; há reversibilidade política dos modelos e técnicas de decisão; o contexto em que as cortes estão inseridas é conformado por investimentos políticos e conflitos interpretativos; há polivalência tática de doutrinas e conceitos jurídicos. KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial. Novos estudos – CEBRAP, DOSSIÊ: 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**, n. 96. São Paulo July 2013, pp. 77-79.

da legiferação de maneira não submetida ao controle do legislativo, eles são muito menos partidários, e sua ideologia tende a ser centrista”¹¹².

2.3 INTEGRIDADE DO PODER LEGISLATIVO E INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO: A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Se na legiferação judicial as credenciais democráticas encontram-se fragilizadas e, mais do que isso, ausentes, por que é mais legítimo que ela esteja a cargo de instituições representativas é uma indagação que merece respostas. Nessa perspectiva, Jeremy Waldron tenta recuperar e destacar, frente a uma imagem idealizada de julgar alinhada a outra de legislar de maneira desonrosa, a reflexão sobre a legislação que a apresenta como um modo digno de governança e uma fonte respeitável de direito¹¹³. O autor empreende esforços na tentativa de desenvolver uma imagem otimista de legislaturas que combinem, em sua normatividade, talvez em sua ingenuidade, certamente em sua qualidade aspiracional, o quadro dos tribunais que é apresentado nos momentos mais elevados da jurisprudência constitucional.¹¹⁴ Trata-se, deste modo, de encarar a separação de poderes não como um conglomerado de três princípios distintos – um que exige respeito pela legislatura, um que exige respeito pelos tribunais e um terceiro que exige respeito pelo executivo –, mas de compreender o caráter e a distinção de cada uma das três principais funções do governo, como uma ordem de respeito pela integridade de cada uma dessas três operações governamentais.

¹¹² FERREJOHN, op. cit., p. 93.

¹¹³ É nesse sentido que Roberto Gargarella corrobora a importância do autor enquanto “o defensor principal de uma das posições mais importantes do debate sobre o controle de constitucionalidade e, mais amplamente, sobre o papel do constitucionalismo em nossas sociedades democráticas, uma posição que se identifica primordialmente com a defesa dos valores democráticos e procedimentais como melhor resposta ante o fato dos desacordos e o pluralismo sociais, e se situa contra qualquer tipo de dogmatismo constitucional”. GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio Preliminar – La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. XIV-XV.

¹¹⁴ WALDRON, Jeremy. **The dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 2.

Quando expõe as concepções de John Manning sobre a separação de poderes na Constituição dos Estados Unidos¹¹⁵, Waldron pontua que separação de poderes, assim como o princípio democrático e o *The Rule of Law*, embora não estejam expressamente previstos na Carta dos Estados Unidos como princípios autônomos, permanecem como a pedra de toque para avaliar a operação dos arranjos constitucionais norte-americanos, uma vez que a democracia integra parte indispensável da melhor teoria de governança dos Estados Unidos, assim como o Estado de Direito está permeado no espírito da Constituição.¹¹⁶ A introdução de Madison no *Federalista*, número 47, também é expressiva desse entendimento.

Nenhuma verdade política é certamente de maior valor intrínseco, ou é carimbada com a autoridade de patronos da liberdade mais esclarecidos, do que aquela sobre a qual a objeção [sobre a separação de poderes] é fundada. O acúmulo de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja de um, poucos ou muitos, e se hereditário, automeado ou eletivo, pode ser justamente pronunciado a própria definição de tirania. Se a Constituição federal fosse, portanto, realmente carregável com a acumulação de poder, ou com uma mistura de poderes, tendo uma perigosa tendência para tal acumulação, não

¹¹⁵ A Constituição, diz Manning, “não adota nenhum princípio autônomo de separação de poderes. A ideia de poderes separados está inequivocamente por trás da Constituição, mas não foi adotada por atacado”. *Idem*, **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 46, tradução nossa.

¹¹⁶ “Não há princípio de democracia na Constituição dos EUA. (É verdade que podemos inferir a importância de certas considerações democráticas do Artigo I, 2.1, e também da Décima Quinta, Décima Sexta, Vinte e Quarta e Vigésima Sexta Emendas, mas o princípio da própria democracia não pode ser considerado como juridicamente consagrado.) No entanto, a democracia é uma parte indispensável de nossa melhor teoria da governança, e seria errado renunciar a qualquer interesse simplesmente por não ter um status legal explícito no texto da Constituição. O mesmo vale para o estado de direito. Embora o enquadramento da Constituição dos EUA tenha sido permeado pelo espírito do Estado de direito, ainda assim o Estado de Direito não é apresentado na Constituição como um princípio autônomo e não pode ser judicialmente aplicado como tal”. *Ibidem*, p. 47, tradução nossa.

seriam necessários mais argumentos para inspirar uma reprovação universal do sistema.¹¹⁷

É possível observar no *Federalista*, número 48, que os poderes próprios de um ramo não devem ser administrados completa e diretamente por qualquer outro. Evidentemente nenhum dos poderes deve possuir influência preponderante sobre os outros no que tange à administração de seus respectivos poderes. Portanto, a extensão ou ingerência de um poder sobre o outro deve ser cabalmente neutralizada, de modo a respeitar os limites de cada classe de poder: legislativa, executiva e judicial. Como exemplo, apresenta os casos do Estado da Virgínia e do Estado da Pensilvânia, em que o primeiro declarou expressamente em sua Constituição que os três poderes não devem se misturar, enquanto que o segundo, através do Conselho de Censores, debruçou-se na tarefa de descobrir se a Constituição tinha se preservado inviolável em todas as suas partes, e se os ramos legislativo e executivo havia cumprido seu dever como protetores do povo, ocasião em que o Conselho verificou que a Constituição foi flagrantemente violada pelo legislador em uma variedade de casos importantes. Dessa forma, concluiu-se que somente a determinação escrita dos limites constitucionais dos poderes é insuficiente para proteger-se de usurpações que conduzem à concentração tirânica de todos os poderes governamentais nas mesmas mãos.¹¹⁸

No *Federalista* de número 51, assentou-se a necessidade da correta distribuição de poderes prevista pela Constituição, e, ante a eventual inadequação de medidas externas, sugeriu-se a alteração da estrutura de governo, de modo que as partes que a compõem sejam elas mesmas instrumentos de controle e conservação das atribuições nos seus devidos lugares. Os fundamentos para a correta separação de poderes estão assentados, precisamente, no fato de que cada um deles deve possuir uma personalidade própria, de modo que tenham a menor ingerência possível na circunscrição do outro. Ainda, que as designações para o Legislativo, Executivo e Judiciário advenham de uma única fonte de autoridade: o povo. Nessa linha, os membros componentes do poder devem ser muito pouco dependentes uns dos outros, de modo que a grande segurança compreende em conferir aos que administram os

¹¹⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, nº 10.

¹¹⁸ *Ibidem*, nº 48.

necessários meios constitucionais para que resistam à ingerência inócua nos demais poderes.¹¹⁹

A separação de poderes corresponde, pois, a uma separação qualitativa das diferentes funções do governo, separação esta que se diferencia do princípio do poder disperso – que é a ideia de evitar a concentração de poder em uma só pessoa ou um só grupo – e do princípio do *check and balances* – que é a ideia de que o exercício do poder de um deve ser verificado e balanceado pelos outros. Isto é, a distinção entre Legislativo, Executivo e Judiciário não foi pensada no intuito de estabelecer a existência de instituições que pudessem contrabalancear umas às outras, mas sim para oferecer uma ”teoria articulada de governança que distingue essas funções pelo o que elas são, não pelo que elas podem fazer para segurar um ao outro em xeque”.¹²⁰

Desse ponto de vista, a separação de poderes identifica um ponto duplo, qual seja, a integridade de cada uma das diferentes funções do governo, isto é, a dignidade da legislação, a independência dos tribunais e a autoridade do executivo – cada uma delas contendo seu próprio papel a desempenhar nas práticas do Estado; e o valor dos modos de governança articulados, em oposição aos indiferenciados:

A ideia é que, em vez de apenas uma decisão política indiferenciada de fazer algo sobre a pessoa X, há uma insistência de que qualquer coisa que façamos a X ou sobre X deve ser precedida por um exercício de poder legislativo que estabeleça uma regra geral aplicável a todos e não apenas a X, um procedimento judicial que determina que a conduta de X, em particular, se enquadra no âmbito dessa regra, e assim por diante. Assim como a integridade de cada uma dessas fases, há uma sensação de que o poder é mais bem exercido, ou exercido de forma mais respeitosa no que diz respeito aos seus assuntos, quando prossegue nessa sequência ordenada.¹²¹

¹¹⁹ *Ibidem*, nº 51.

¹²⁰ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 51, tradução nossa.

¹²¹ *Ibidem*, p. 46, tradução nossa.

Dessa forma, a separação de poderes não opera sozinha como um princípio canônico do constitucionalismo, mas consiste em um “conjunto de princípios que trabalham separadamente e juntos como pedras de toque da legitimidade política”¹²². Segundo Waldron, são eles: (1) o princípio da separação de poderes (isto é, das funções do governo) um do outro; (2) o princípio de dispersão de poder, que aconselha contra a concentração de muito poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência; (3) o princípio de freios e contrapesos, que exige a concorrência ordinária de uma entidade governamental nas ações de outra (e assim permite a primeira entidade vetar as ações de outra); (4) o princípio do bicameralismo, requerendo duas assembleias legislativas coordenadas; e (5) o princípio do federalismo, distinguindo poderes atribuídos ao governo federal dos poderes reservados aos estados.

Um dos primeiros argumentos especificamente sobre a separação de poderes é encontrado no Segundo Tratado do Governo, de John Locke, no início de sua discussão sobre a sociedade política ou civil. A dimensão da sociedade política e civil é descrita pelo autor como uma reunião de indivíduos que formam um único corpo, compreendendo, assim, a situação em que os homens, imersos em um estado de natureza, entram em sociedade para fazerem de um mesmo povo um corpo único, sob um único governo supremo. Nesse sentido, como sinaliza Waldron, “os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados”.¹²³

Locke sinalizou que a comunidade civil poderia combinar e misturar as formas de governo. Estas dependem da atribuição do poder supremo, ou seja, do Legislativo. Considerando que o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade, a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do Poder Legislativo. Nessa perspectiva, “nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos

¹²² *Ibidem*, p. 49, tradução nossa.

¹²³ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 59, tradução livre.

que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou”.¹²⁴

O Poder Legislativo é o poder supremo de uma sociedade, contudo, respeita algumas diretrizes: (i) ele não é exercido e é impossível que seja exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas; (ii) ele não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas; (iii) ele não pode tirar de nenhum homem qualquer parte de sua propriedade sem seu próprio consentimento; (iv) ele não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar, pois detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros. Esses são, pois, “os limites que impõe ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, a missão de confiança da qual ele foi encarregado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza”.¹²⁵ O poder legislativo, nessa seara, é o poder que prescreve como essa associação ocorrerá e permanecerá para que os membros da comunidade civil sejam preservados. Destarte, para o autor, o componente indispensável da lei consiste no consentimento da sociedade, sem o qual não há de que se falar em elaboração de leis.

Ao assinalar acerca da autoridade legislativa, o autor destaca:

[...] que a legislatura fosse depositada em órgãos coletivos, chamados Senado, Parlamento, ou o nome que se quiser. Por este meio, cada pessoa considerada individualmente, igual às outras, mesmo às mais humildes, ficou sujeita a leis que ela mesma estabelecia, como parte integrante do legislativo; e ninguém, por sua própria autoridade, podia escapar à força da lei estabelecida ou por qualquer pretensão de superioridade solicitar isenção de seus próprios erros ou daqueles de seus dependentes. Nenhum homem na sociedade civil pode ser imune às suas leis.¹²⁶

¹²⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 71.

¹²⁵ LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 74.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 60.

Locke elabora um argumento para investir o Poder Legislativo em uma grande assembleia representativa, na medida em que formula a ocasião em que diversas pessoas são investidas do Poder Legislativo e possuem o poder de fazer as leis, e permanecem sujeitas às leis que fizeram quando elas se separam. Isto é, quando os legisladores são os cidadãos e, por esta razão, estão submetidos e devem suportar o fardo das leis que eles mesmos criaram, é menos provável que leis opressivas tenham espaço. Embora não seja um argumento perfeito¹²⁷, o ponto é que definitivamente não funcionará se os legisladores puderem controlar a aplicação da lei (ou seja, se os legisladores puderem tomar decisões judiciais ou participar da adjudicação), pois então eles terão o poder de direcionar o ônus da lei, leis estas que eles fazem de si mesmos. Portanto, é condição necessária para que esta profilaxia contra a opressão funcione, embora não seja uma condição suficiente, separar a função da legislação das outras funções do Executivo e do Judiciário.

O argumento de Locke ilustra, assim, o que Jeremy Waldron qualifica como o princípio de separação de poderes; ele não é propriamente o fundamento da dispersão do poder ou o conceito fundamental do princípio de freios e contrapesos, mas constitui uma vantagem específica da separação funcional dos poderes. Em outras palavras, o princípio da separação de poderes sustenta que cada uma dessas tarefas tem sua própria integridade, que é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam a maneira pela qual a legislação é executada, quando considerações legislativas e executivas afetam o modo como a função judicial é desempenhada, e quando as tarefas específicas do executivo estão entrelaçadas com as tarefas do processo legislativo e de julgamento.

Se a independência do Poder Judiciário é considerada como um princípio distintivo do constitucionalismo moderno, o esforço de Jeremy Waldron está em incentivar uma solicitude semelhante pela dignidade da legislação. Obrigar o respeito pela integridade de cada uma dessas três operações de governo é importante precisamente porque elas precisam se encaixar no esquema articulado geral de governança. As três funções do governo, cada uma em sua integridade distintiva, devem ser inseridas em um esquema comum de governo que permita às pessoas confrontar o poder político de maneira diferenciada.¹²⁸

¹²⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹²⁸ Cf. WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, pp. 52-53.

É imprescindível estabelecer, deste modo, o que faz da legislação um meio atrativo de legiferação comparado à legiferação judicial. Trata-se de sustentar um ideal normativo que seja realista e ofereça padrões nos quais se deve articular um sentido de como um bom conjunto de instituições legislativas deveriam ser. Uma primeira resposta que poderia ser oferecida é a de que, nas sociedades modernas, a legislação é associada à democracia. Ou seja, composto por membros que são eleitos pelo povo, o Legislativo compõe um poder que reúne representantes que podem ser substituídos na medida em que suas propostas ou atuação políticas se afastem dos interesses dos representados.¹²⁹ Contudo, é possível responder que em muitas jurisdições americanas os juízes são eleitos e, a partir dessa premissa, poder-se-ia reivindicar uma credencial democrática. Para um presidente eleito, por exemplo, a reivindicação pode ser levantada, isto é, ao comparar-se uma norma do Legislativo e outra do Executivo não se está diante de uma legiferação produzida por um poder eleito e outro não eleito; mas, sim, frente a diferentes credenciais democráticas. “Assim, alguns órgãos legislativos não têm credenciais democráticas e alguns órgãos que não se identificam como legislativos têm credenciais democráticas. Segue-se que a democracia não pode ser a chave para o que torna a legislação legislativa atraente em comparação com a legislação de outras entidades”¹³⁰.

É assertiva a observação de Martin Shapiro e Alec Stone Sweet ao ressaltarem que

[...] nos estados democráticos, a maioria dos funcionários do governo obtém legitimidade reconhecendo seu domínio político e reivindicando subordinação ao povo por meio de eleições ou responsabilidade para com os eleitos. Os juízes, no entanto, reivindicam legitimidade ao afirmar que são servidores neutros, independentes e não-políticos da "lei". Sozinhos entre os órgãos democráticos do governo, os tribunais alcançam a legitimidade alegando que são algo que não são.¹³¹

¹²⁹ *Ibidem*, p. 125.

¹³⁰ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 126, tradução nossa.

¹³¹ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 3, tradução nossa.

Um segundo e mais importante fator para Waldron do motivo de se consignar à legislatura um meio distintivo de legiferação é a dedicação pública dessa instituição para fazer e mudar a lei. Parlamentos, congressos e assembleias de estados são configurados e identificados como um corpo legiferativo. Esse fator pode não distinguir a legiferação legislativa da executiva, mas certamente distingue da legiferação judicial. Os tribunais não são configurados publicamente com as estruturas, recursos e pessoal que são necessários para um papel legislativo. Evidentemente, porque os membros decisórios do judiciário não são oficialmente identificados como verdadeiros legisladores também não são avaliados por esse papel no momento de sua nomeação.¹³² Muito pelo contrário, qualquer impressão generalizada de que os juízes atuassem como legisladores, em vez de legalistas, desviaria radicalmente a legitimidade de suas decisões aos olhos do público. E esta percepção popular não é infundada. Nas palavras de Waldron, “eles têm que reunir recursos para legislar a partir dos resumos que eles consideram e os argumentos que eles ouvem em relação à execução das funções que realizam e que são reconhecidas publicamente – a saber, a interpretação e aplicação de leis existentes, e a resolução de litígios”.¹³³

Em alguma medida, juízes e tribunais exercem o poder legiferativo, não obstante, essa atividade não ocorre com transparência como ocorre no legislativo. Considerando que a transparência é a primeira virtude da instituição legislativa¹³⁴, é imprescindível destacar

¹³² Ainda que se considerasse a circunstância em que juízes são eleitos, Jeremy Waldron adverte que “candidatos à eleição para o Judiciário não anunciam aos eleitores que leis eles gostariam de fazer ou mudar quando estão no cargo. Eles não fazem campanha do jeito que os legisladores querem. Pelo contrário, eles superam uns aos outros ao assegurar aos eleitores que eles definitivamente não agirão como legisladores”. WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 127, tradução nossa.

¹³³ *Ibidem*, p. 126, tradução nossa.

¹³⁴ O princípio da transparência é entendido por Waldron com referência à sua função e não como é exercida: “Sem dúvida, todos os tipos de acordos legislativos são feitos em corredores traseiros, no que costumávamos chamar nos ‘quartos cheios de fumo’ da Grã-Bretanha. Por tudo o que sei, o mesmo é verdade para os tribunais. Mas pelo menos no caso das legislaturas, sabemos o que são as ofertas do back-room: são sobre leis. Nos tribunais, também há ofertas de back-room, mas o público está oficialmente assegurado - bastante equivocadamente em muitos casos - que são ofertas sobre a aplicação, e não

que as legislaturas são destinadas para a legiferação e os legisladores estão cientes desta tarefa. Salienta-se que a vantagem de transparência como "a própria ideia de legislação" defendida por Waldron não constitui propriamente a ideia de legislar. O autor faz uma diferenciação no sentido de apontar que legislar consiste em qualquer atividade que tem como objetivo a elaboração de leis. Enquanto que a legislação "é o negócio de fazer ou alterar a lei de forma explícita, em uma instituição e através de um processo direto para essa tarefa"¹³⁵. Sendo assim, a ideia de legislação "incorpora um compromisso com a legislação explícita, um compromisso de princípio com a ideia de que, em geral, é bom, se a lei deve ser feita ou alterada, que ela deve ser feita ou alterada em um processo público dedicado a essa tarefa"¹³⁶.

A transparência é um princípio muito importante para a democracia na medida em que, se a comunidade compreende e identifica em que espaço as leis são criadas, então ela voltará a atenção a essa instituição, e esse movimento de identificação das funções desempenhadas afeta a forma como os cidadãos cumprem seus próprios poderes participativos. Ou seja, um espaço como o de uma Corte Constitucional pode ser politicamente mais promissor para um determinado grupo ou outro, mas isso é apenas porque menos cuidados foram tomados com as condições de legitimidade da legislação nesse fórum (precisamente porque não se pensou ser oficialmente um fórum para legislar)¹³⁷. Sobre o assunto, Martin Shapiro e Alec Stone Sweet destacam que as "regras do jogo" relevantes são de fato regras legais e a doutrina jurídica molda as estratégias daqueles que perseguem seus interesses por meio de litígios. Dessa ótica, os tribunais constituem pontos cruciais de veto nos processos de política e o modo como os juízes interpretam direitos e deveres legais pode pesar na maneira como os papéis e identidades dos atores e grupos são de fato definidos.¹³⁸

Tudo isso afeta a maneira como organizamos e reparamos nosso sistema político. Na medida em

sobre a fabricação ou alteração da lei". WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 127, tradução nossa.

¹³⁵ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 127, tradução nossa.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 127, tradução nossa.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 129.

¹³⁸ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone, op. cit., p. 2.

que as leis são feitas em tribunais, que não são reconhecidos publicamente como instituições legislativas, então as tentativas de aumentar a capacidade de resposta e a responsabilidade dos juízes como legisladores serão aleatórias e confusas, com um lado procurando trazer considerações políticas, outro lado negando que seja necessária qualquer melhoria e um terceiro lado, negando que esses valores sejam mesmo relevantes à luz do compromisso ideológico do público com a proposição de que o papel do judiciário não é fazer lei, mas apenas encontrá-la, interpretá-la e aplicá-la (que são papéis cujo performance deve ser avaliado à luz de um conjunto bastante diferente de valores).¹³⁹

Um quarto ponto que identifica que a sujeição do legislativo ao judiciário representa uma ofensa a valores democráticos diz respeito ao caráter representativo – considerado quantitativa e qualitativamente. O Legislativo, ao contrário de uma Corte Constitucional, compreende centenas (em alguns casos, milhares) de indivíduos. Diferentes pessoas trazem diferentes perspectivas para enfrentar as questões em discussão, e quanto mais pessoas houver, maior será a riqueza e a diversidade de pontos de vista. “Quando diversas perspectivas são unidas em um processo coletivo de tomada de decisão, os recursos informativos são muito maiores do que os que atendem a tomada de decisão de qualquer indivíduo”.¹⁴⁰ Assim, o Legislativo não é somente uma instituição democrática, transparente ou com grandes assembleias, é também representativo. A acusação contra o poder judicial não é apenas que seja isolada da responsabilidade pública, mas que não possui as credenciais representativas de necessárias como o Legislativo.

Por fim, legislaturas não são só instituições democráticas, ou transparentes ou grandes assembleias; são, também, representativas – quantitativa e qualitativamente. O Legislativo, ao contrário de uma Corte Constitucional, compreende centenas (em alguns casos, milhares) de indivíduos. Diferentes pessoas trazem diferentes perspectivas para enfrentar as questões em discussão, e quanto mais pessoas houver,

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions.** Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 129, tradução nossa.

¹⁴⁰ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions.** Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 132, tradução nossa.

maior será a riqueza e a diversidade de pontos de vista. “Quando diversas perspectivas são unidas em um processo coletivo de tomada de decisão, os recursos informativos são muito maiores do que os que atendem a tomada de decisão de qualquer indivíduo”.¹⁴¹ Assim, o Legislativo não é somente uma instituição democrática, transparente ou com grandes assembleias, é também representativo. A acusação contra o poder judicial não é apenas que seja isolada da responsabilidade pública, mas que não possui as credenciais representativas necessárias como o Legislativo.

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembléia - os muitos, a multidão, a ralé (ou seus representantes). Os juízes estão acima de nós em seu esplendor solitário, com seus livros, seu aprendizado e seu isolamento das condições da vida cotidiana. Se não estão sozinhos no banco, estão cercados por um número muito pequeno de pessoas íntimas de distinção semelhante, com as quais podem cultivar relações de colegialidade, erudição e virtude excludente. Um parlamento, ao contrário, é um corpo incontrolável de muitas vezes esse número - talvez cem vezes mais.¹⁴²

O tratamento da política judicial como normal, natural e central é um problema a ser enfrentado. Para Shapiro e Sweet, “o que era novo na jurisprudência política não era o reconhecimento da política judicial, mas seu tratamento como normal, natural, prosaico e central, em vez de uma exceção a ser atacada, especialmente justificada, explicada ou falsificada”.¹⁴³ Ou seja, “os advogados estão mais à vontade com a ‘interpretação constitucional’ e com a ‘interpretação estatutária’ dos

¹⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 132, tradução nossa.

¹⁴² *Idem*, **The dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 31.

¹⁴³ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 9, tradução nossa.

tribunais do que com a ‘legislação judiciária careca’”.¹⁴⁴ Não há algo de errado no fato de a legislação judicial possuir aspectos políticos; espere-se, contudo, que a política concernente ao legislativo seja diferente da política identificável no judiciário. Dessa forma, “o poder de legislar deve estar submetido à contestação e à deliberação política daqueles a quem as normas afetam. A configuração da política judicial, contudo, é e deve em certos pontos ser diferente daquela que circunda os poderes políticos”.¹⁴⁵

A fraqueza de credenciais democráticas de um tribunal surge da própria ideia de legislação, que “fornece um brilho específico sobre o caráter demonstrativo de parlamentos, congressos e assembleias que se relacionam com sua legitimidade democrática, ao importante princípio da franqueza institucional e transparência na política”¹⁴⁶. A legitimidade democrática, portanto, consiste no valor político que se associa de forma mais natural com o parlamento moderno e a autoridade de seu produto (a legislação).¹⁴⁷ Isto é, a legitimidade democrática na acepção de Waldron estabelece o valor político associado ao produto do poder legislativo, isto é, a legislação, traços os quais tribunais não possuem, não só porque não são estruturados para tanto, mas também porque, se produzem legislação, o fazem com cuidados substancialmente menores no que se refere à autorização e responsabilização.

Em relação ao caráter representativo de legislaturas, é comum opor ao poder legislativo as limitações da representação democrática como um alibi de enfraquecimento de sua legitimidade. Muitas vezes, teóricos da filosofia política defendem que a legislação por uma assembleia representativa deve ser considerada – pelo menos de um ponto de vista democrático – como um “segundo melhor”. Ou seja, para cumprir com o ideal democrático a legislatura deve ser algum tipo de legislatura plenária do povo. “As pessoas assumem que a concepção de Jean-Jacques Rousseau de soberania pública direta na legislação é o ideal do ponto de vista democrático, e que [...] devemos, no entanto,

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 9, tradução nossa.

¹⁴⁵ FERREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1 ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 69.

¹⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 129, tradução nossa.

¹⁴⁷ *Idem*, **Derecho y desacuerdos**. Traducción José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, p. 129.

deplorar a legislação representativa como uma distante segundo melhor”¹⁴⁸. É nesse sentido que os estudos de Nadia Urbinati podem fornecer substratos consistentes em, pelo menos, dois sentidos: a defesa da democracia indireta e, portanto, a pertinência da representação; e, o caráter diárquico da democracia representativa.¹⁴⁹

Certamente, fatores como o declínio da participação eleitoral, o papel dos partidos políticos e a fragmentação do público em nichos de opiniões privadas são fenômenos que estão conectados e conforme salienta Urbinati, merecem ser tratados como indicações de metamorfoses da democracia representativa: a privatização e concentração de poder na esfera da formação da opinião política e o crescimento de formas demagógicas e polarizadas de consenso que dividem a arena política em grupos de facções inimigas são sinais de um problema fundamental nas democracias de massa. Para a autora, a tarefa dos procedimentos democráticos se desdobra em duas: “permitir aos cidadãos jogar o jogo político e participar, direta e indiretamente, da tomada de decisões, e exigir e confiar que o jogo é honesto, pois se desenrola de acordo com regras e em condições iguais para todos, a todos tratando de forma igualitária”.¹⁵⁰

Concentrada em defender a tese de que democracia e representação são complementares em vez de antitéticas, a autora

¹⁴⁸ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, pp. 134-135, tradução nossa.

¹⁴⁹ Interessante destacar a crítica de Luis Felipe Miguel dirigida à proposta de Urbinati para corrigir ou melhorar os defeitos da representação pelo sistema de *Advocacy*. Para o autor, o problema mais grave da *Advocacy* está no paternalismo e autoritarismo subjacentes. Ao invés de incrementar a produção das condições que permitam a formulação de preferências autônomas, o modelo de *Advocacy* postula uma posição superior que ignora o diálogo. Isso é, o diálogo entre os integrantes do grupo é preterido por um atalho que reforça espaços de produção de preferências vedadas às pessoas comuns. Nesse sentido, “os *advocates* promovem uma forma de substituição que faz com que a autoexpressão dos dominados deixe de aparecer como um problema a ser enfrentado”. Assim, “formas de representação como *advocacy*, embora possam trazer benefícios em curto prazo para integrantes de um ou outro grupo social, não estimulam o exercício dessas autonomias” (de produzir seus próprios interesses a partir da reflexão crítica sobre o mundo e do diálogo com seus semelhantes). MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, pp. 260-266.

¹⁵⁰ URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfoses da democracia, tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 6.

propõe solucionar a origem da teoria da incompatibilidade entre as duas categorias a partir das referências a Bernard Manin e Hanna Fenichel Pitkin, reunindo o aspecto normativo – o que representação política putativamente supõe ser, com as instituições do governo democrático – o que representação produz ou faz. Se os autores do *Federalista* “não afirmaram uma incompatibilidade de princípio entre democracia e representação antigas; na verdade, eles até reconheceram que Atenas empregava representação em alguns ramos do Estado”; e, da mesma forma, “Paine, o democrata, apoiou sua defesa da democracia na continuidade entre a democracia antiga e moderna, em vez de sua incompatibilidade”¹⁵¹, de onde se origina a teoria da incompatibilidade é uma tarefa que a autora se propõe a investigar.

Para tanto, discute representação em relação ao conceito moderno da soberania popular, demonstrando que, enquanto Atenas é o ponto de comparação clássica no pensamento sobre democracia, a ideia de que a representação é antitética à democracia não se originou de uma comparação com Atenas. Considerando que ação e presença diretas não significam que todos falem nem implica que todos tenham presença vocal, Urbinati sustenta que a presença política “direta” de todos os cidadãos não evitava que a *ekklesia*, assembleia ateniense, fosse uma assembleia na qual a grande maioria se abstinha de participação ativa. Segundo Morgan Herman Hessen¹⁵², havia três tipos de cidadãos em Atenas: “os passivos”, que não iam à assembleia; os “participantes calados”, que iam à assembleia, onde só ouviam e votavam, mas “não erguiam a voz em discussão”; e os “cidadãos plenamente ativos” (o “pequeno grupo dos que tomavam iniciativas, falavam e propunham moções”). Nesse sentido, esclarece: “se compararmos Atenas com a democracia contemporânea, podemos dizer que o nosso direito de voto corresponde à participação calada ateniense; a abstenção de votar

¹⁵¹ *Idem*, **Representative Democracy**: principles and genealogy. Chicago: Chicago University Press, 2006, p. 6, tradução nossa.

¹⁵² Em sua obra “*The Athenian Democracy*”, Hansen questiona o mito de que todos os cidadãos atenienses podiam reunir-se na *ekklesia* e deliberar, uma vez que o local de reuniões, o Phyx, só tinha lugar para cerca de 6.000 pessoas, muito menos do que o número de cidadãos de Atenas nos séculos V e IV a.C.. *Idem*, Representação como advocacy. Tradução de Sieni Maria Campos. **Política & Sociedade** – Revista de Sociologia Política, v. 9, n. 16, abr. 2010, pp. 59-60.

corresponde à cidadania passiva; e a representação corresponde à cidadania plenamente ativa”.¹⁵³

Assim, não é o caráter indireto em si que distingue a democracia representativa da democracia direta. O que torna a primeira realmente diferente é o caráter e a abrangência de sua política mediada. Na democracia representativa não há simultaneidade entre deliberação política e tomada de decisões. Recordando a divisão estabelecida por Hansen, pode-se dizer que os “participantes calados” e os “cidadãos plenamente ativos” não atuam na mesma dimensão temporal e espacial. Só os representantes conseguem calar, deliberar e decidir de forma simultânea. A assembleia é o único lugar onde existe o tipo de ação política indireta pertinente à antiga *ekklesia*. Ao contrário do que ocorre na democracia direta, em uma democracia representativa, o comparecimento dos cidadãos que são “participantes calados” (os eleitores) é plenamente mediado: não só o discurso, mas o tempo e o espaço também são fatores de mediação. A relação particular entre os eleitores e seus representantes consiste na falta de coextensibilidade e no tempo que transcorre entre o momento de falar/ouvir e o de retificar/votar.

Dada essas premissas, a democracia moderna relembra Atenas na medida em que ambas implicam uma forma indireta de ação política, cuja forma é o discurso público. Este é concebido como um dos principais fatores que fornece valor às políticas democráticas, seja nas sociedades antigas ou modernas, seja na sua forma direta ou indireta, destaca que a presença através da voz – que a autora denomina de exposição do julgamento político dos cidadãos –, define o caráter indireto da política democrática, tanto quando cidadãos votam em leis, como quando votam para eleger seus representantes.¹⁵⁴ Nesse sentido, a ação indireta (e a representação, que é um tipo de ação indireta) cumpre um papel-chave no processo de forjar-se o caráter discursivo democrático da política. Com efeito, “a representação destaca a natureza idealizadora e crítica da política (em termos contemporâneos, sua reflexividade), uma arte por meio da qual os indivíduos transcendem a imediatez de suas experiências e interesses, e ‘educam’ seu

¹⁵³ URBINATI, Nadia. Representação como advocacy. Tradução de Sieni Maria Campos. *Política & Sociedade* – Revista de Sociologia Política, v. 9, n. 16, abr. 2010, pp. 58-60.

¹⁵⁴ *Idem*, **Representative Democracy: principles and genealogy**. Chicago: Chicago University Press, 2006, p. 5.

discernimento político a respeito de suas próprias opiniões e das de outros”.¹⁵⁵

A concepção de diarquia de Nadia Urbinati concebe a ideia de democracia representativa em dois momentos distintos, que devem ser entendidos separadamente – em um aspecto normativo, mas que se complementam: o momento da “decisão” e o momento da “opinião”. O momento da decisão política contempla os mecanismos institucionais que regulam a elaboração de leis, ou seja, a eleição, momento em que, através do voto, compõem-se o corpo de representantes que, respeitados os instrumentos constitucionais, criam legislação. A “opinião” consiste nos mecanismos por meio dos quais há a estruturação do julgamento político dos cidadãos. Democracia, portanto, compreende um governo por meio da opinião e a democracia representativa como “a forma que melhor corporifica o sistema diárquico”, isto é, “um sistema no qual ‘a decisão’ (na linguagem da teoria da soberania os procedimentos e instituições que regulam a elaboração das leis) e ‘opinião’ (o domínio extrainstitucional da formação do julgamento político) se influenciam mutuamente, cooperam entre si ou entram em conflito sem, contudo, fundir-se.”¹⁵⁶

Desse modo, a conceitualização da democracia moderna como diarquia faz duas afirmações: que “vontade” e “opinião” são os dois poderes do soberano democrático, e que eles são diferentes e devem permanecer distintos, embora precisem de comunicação constante. A terminologia usada pela autora é uma adaptação da linguagem da soberania, que em sua codificação moderna tem caracterizado o poder do Estado como a “vontade” de tomar decisões autoritárias que obrigam a todos os sujeitos igualmente.¹⁵⁷ Nestes termos, “na democracia representativa, o soberano não é simplesmente a vontade autorizada contida na lei civil e implementada pelos magistrados e instituições dos estados, mas sim uma entidade dual na qual a decisão é um componente,

¹⁵⁵ *Idem*, Representação como advocacy. Tradução de Sieni Maria Campos. **Política & Sociedade** – Revista de Sociologia Política, v. 9, n. 16, abr. 2010, p. 55.

¹⁵⁶ URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfoses da democracia, tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 06.

¹⁵⁷ *Idem*, **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, p. 22.

a outra sendo a opinião daqueles que obedecem e participam apenas indiretamente na decisão”¹⁵⁸.

Que a democracia representativa é o governo com base na opinião implica no fato de o fórum público manter o poder do estado aberto a críticas, sendo, portanto, público, seja porque a lei assim o exige, sob os olhos do povo, seja porque esse poder não pertence a ninguém, pois a designação eleitoral significa precisamente que o poder político perdeu qualquer possessão específica¹⁵⁹. Um fórum livre e público é um sinal de liberdade política, primeiro porque “a chance de contestar e controlar um regime atinge o ponto em que as opiniões de seus cidadãos não estão confinadas ao domínio de suas mentes ou não

¹⁵⁸ Nadia Urbinati sublinha o uso dos termos “opinião” e “julgamento político”, destacando que há vários tipos de julgamento e nem todos são do domínio da legislação: “O julgamento político não vem apenas com concordância, mas também desacordo; é um processo de argumentação coletiva que precisa de uma ordem legal e processual que permita que as pessoas saibam com antecedência que podem mudar de ideia e fazê-lo publicamente e com segurança. A integração e as implicações comunicativas do julgamento político são previsíveis. De fato, os cidadãos democráticos usam todos os meios de informação e comunicação de que participam para manifestar sua presença, argumentam a favor ou contra uma proposta, e monitoram aqueles que estão no poder, e sabem que isso não é menos valioso do que os procedimentos e as instituições que produzir decisões. O amplo trabalho da vida política em uma sociedade civil democrática é o que inclui na categoria de julgamento ou opinião política”. *Ibidem*, p. 23.

¹⁵⁹ Interessante é a análise de Jacques Rancière sobre a democracia consistir um título anárquico. O autor explana que a condição para que um governo seja político é a ausência de título para governar. “A história conheceu dois grandes títulos para governar os homens: um que se deve à filiação humana ou divina, ou seja, a superioridade do nascimento; e outro que se deve à organização das atividades produtoras e reprodutoras da sociedade, ou seja, o poder de riqueza. As sociedades são habitualmente governadas por uma combinação dessas duas potências [...]. Mas se os mais velhos devem governar não só os jovens, mas também os sábios e os ignorantes, se os sábios devem governar não só os ignorantes, mas os ricos e os pobres, se devem se fazer obedecer pelos que detêm a força e compreendidos pelos que são ignorantes, é preciso algo mais, um título suplementar, um título comum aos que possuem todos esses títulos, mas também aos que possuem e aos que não possuem. Ora, o único título que resta é o título anárquico, o título próprio dos que não têm nem título para governar nem para ser governados. É isso, sobretudo, que democracia quer dizer”. RANCIERE, Jacques. **O ódio à democracia**, tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 60-63.

são consideradas como opinião privada”¹⁶⁰ e, em segundo lugar, é consonante com o caráter da democracia como sistema político que engendra a dispersão do poder e baseia-se nela. Enquanto o poder eleitoral é sem dúvida a garantia básica da democracia, a garantia substancial é dada pelas condições sob as quais os cidadãos adquirem informação e são expostos à pressão de formadores de opinião:

A igual oportunidade que os cidadãos têm de fazer parte da formação e expressão de opiniões políticas no exercício de sua influência política sobre as instituições representativas e a qualidade do fórum público de ideias são componentes interligados e essenciais da sua liberdade política. Eles são fatores primordiais, assim como o direito ao voto, e, como o direito de votar, não precisam de evidência empírica: um fórum de opiniões aberto é essencial ainda que não aprendamos a votar votando; ainda que um debate público aberto e robusto não garanta que tomemos decisões corretas e racionais; e ainda que a informação não se traduza em conhecimento.¹⁶¹

A democracia representativa em um enfoque diárquico não se esgota no direito de voto ou de votar. É como se o momento da consumação do voto se prolongasse no tempo, em representação permanente, ou seja, um único ato político que forma e legitima a relação entre representantes e representados, consubstanciado na decisão política do voto, gera efeitos bilaterais – para os representantes e representados – que consomem a eleição permanentemente. Deste modo, a representação política é permanente não porque ela nunca se dissolve – o pressuposto da alternância de poder através das eleições periódicas é um mecanismo de dissolução e renovação da representação –, mas, precisamente, porque continua a surtir efeitos sob a vigência da representação.

[...] a representação política é muito mais do que

¹⁶⁰ URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfoses da democracia, tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 7.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

um sistema de divisão do trabalho e uma instituição do Estado; implica um processo político complexo que ativa o “povo soberano” muito além do ato formal de autorização eleitoral. A política representativa tem o poder de unificar e conectar (através do atrito ou concorrência) a “flutuação” “unidades atômicas” da sociedade civil, projetando os cidadãos em uma perspectiva orientada para o futuro. Ele tem o poder de manter o soberano em movimento perpétuo, por assim dizer, enquanto transforma sua presença do mecanismo formalmente sancionador para uma influência política extraordinária. Por fim, confere à política uma dimensão ideológica inevitável, na medida em que instaura ideias na casa da política, de modo que elas possam representar e moldar a identidade e as reivindicações sociopolíticas dos cidadãos.¹⁶²

A noção de representação discutida por Nadia Urbinati envolve um processo abrangente de filtragem, refinamento e mediação da formação e da expressão da vontade política, moldando o objeto, o estilo e os procedimentos da competição política. A distância entre os momentos de fala e decisão permite um escrutínio crítico enquanto protege os cidadãos do assédio de palavras e paixões que a política engendra. Na visão da autora, as estruturas de representação fornecem processos para a formação de juízo e para o engajamento deliberativo de juízos tanto entre o povo quanto entre seus representantes¹⁶³, que faz da representação uma forma capaz de congregar duas facetas importantes – e também dois momentos distintos – da deliberação: a participação e a representação, as quais “constituem o *continuum* da ação política nas democracias modernas”¹⁶⁴.

A *doxa*, opinião, desempenha três papéis: cognitivo, político e estético. O fórum de opinião tem o escopo de difundir informações, efetuar o controle de instituições, expressar a dissensão pública e

¹⁶² URBINATI, Nadia. **Representative Democracy**: principles and genealogy. Chicago: Chicago University Press, 2006, p. 5, tradução nossa.

¹⁶³ *Idem*, Representação como advocacy, tradução de Sieni Maria Campos. **Política & Sociedade** – Revista de Sociologia Política, v. 9, n. 16, abr. 2010, p. 55.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

monitorar as condutas dos políticos no exercício de suas funções. Em relação a esses três papéis, Urbinati identificou três formas de desfiguração que ela denominou de epistêmica, populista e plebiscitária. Essas desfigurações nascem dentro da própria democracia e buscam reforçar um caráter exclusivamente de opinião, rompendo, pois, a ordem diárquica da democracia. Com efeito, “embora essas mudanças não produzam nenhuma modificação de regime, podem modificar a configuração externa da democracia de uma forma visível e propícia à abertura de uma porta para a mudança de regime”.¹⁶⁵

O enfoque será dirigido à primeira fonte do desequilíbrio dos poderes diárquicos, considerado como uma reinterpretção apolítica do sistema processual da democracia. Urbinati trabalha com a ideia de democracia apolítica, cuja denominação consiste um conjunto complexo de práticas que incluem “tanto propostas de ampliação dos domínios em que decisões não partidárias são tomadas, quanto propostas que avançam uma concepção de autoridade democrática que recebe legitimidade da qualidade dos resultados que seus procedimentos permitem”.¹⁶⁶ O termo apolítico é empregado no sentido de denunciar uma espécie de neutralização daquilo que caracteriza propriamente a política democrática, isto é, disputas, desacordos, deliberações e decisões majoritárias que estão abertas a mudanças.

Nadia Urbinati descreve, assim, a teoria da democracia epistêmica:

A teoria da democracia epistêmica reivindica uma distribuição igualitária do potencial básico de conhecimento entre os cidadãos e elogia a sabedoria da multidão. No entanto, seu foco no resultado parece implicar que o trabalho dos procedimentos democráticos é legítimo, na medida em que é capaz de canalizar o conhecimento de muitos para decisões que satisfazem razões que excedem suas opiniões ou o princípio da liberdade política igualitária, que é o bem que os procedimentos refletem, promovem e prometem. Nesse sentido, argumento que, apesar

¹⁶⁵ *Idem*, **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, tradução nossa.

¹⁶⁶ URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, p. 81, tradução nossa.

das diferenças entre as formas de empregar a *episteme* na política, colocar valor nos resultados alcançáveis sobre ou ao invés dos procedimentos pode preparar o terreno para uma recepção simpática às revisões tecnocráticas da democracia.¹⁶⁷

A ligação da “vontade” com a “opinião” é o pressuposto do governo representativo no sistema diárquico e é justamente nesse binômio que parece submergir a incapacidade da democracia de produzir bons resultados. Nesse contexto, a diarquia, ao invés de identificar um elo entre vontade e opinião, traduz-se enquanto ligação entre vontade e verdade. Quando a *episteme*, o conhecimento verdadeiro, adentra no domínio da política, “a possibilidade de que a igualdade política seja questionada está no ar porque o critério de competência é intrinsecamente desigual”¹⁶⁸. Atualmente, é a expansão do domínio das decisões apolíticas que se arrisca a promover essa transformação, juntamente com a reconfiguração do julgamento político modelado a partir do método jurídico de busca da verdade.¹⁶⁹ Na recente teoria democrática, a deliberação política, quando não conduzida pelo objetivo de alcançar resultados consensuais, foi combatida com decisões de atores apolíticos, como juízes e jurados ou comitês de especialistas, com o argumento de que isso protegeria o bem comum da infiltração de preconceitos, imprecisão e partidarismo; o objetivo dessas críticas teóricas não é superar a democracia, mas fortalecê-la. No entanto, conforme sinaliza Urbinati, “a estrada informal que eles percorrem leva a uma desvalorização da democracia e, finalmente, à sua desinformação”¹⁷⁰.

Considerando que nem toda representação é democrática¹⁷¹ e que a democracia não se esgota nos procedimentos representativos¹⁷², a

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 82, tradução nossa.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 82, tradução nossa.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁷⁰ URBINATI, Nadia. **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, p. 83, tradução nossa.

¹⁷¹ PITKIN, Hanna. **The Concept of Representation**. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1972, pp. 225-228. A representação política para a autora consiste na atuação do representante no interesse dos representados, de modo a oferecer a eles uma resposta. Assim, o representante deve agir de maneira que não exista conflito, ou seja, ele não deve

igualdade figura, pois, como um dos elementos centrais na tarefa de compreender a democracia, que se coloca em tensão persistente com a representação, cuja relação introduz necessariamente a desigualdade entre representantes e representados¹⁷³. Ou seja, a exigência da igualdade é que orienta para um olhar cauteloso no tocante aos procedimentos de tomada de decisão que prescindem de autorização e *accountability* e que se prestam a substituir, nas esferas de tomada de decisão, os representados por representantes autoinstituídos. Democracia e representação são territórios em disputa e são formas de exercício de poder. A autorização e obrigação que os poderes públicos têm de se responsabilizar por seus atos são instrumentos que promovem a incerteza quanto ao exercício do poder, marca da política democrática. Mas, se são insuficientes, como de fato são, nem por isso são descartáveis: “formas de representação que deles prescindem, como porta-vozes autoinstituídos, quase com certeza estarão em pior situação no que se refere a seu caráter democrático”.¹⁷⁴

Se é possível estarmos divididos, ou seja, se admitimos que as instituições políticas podem lidar com os conflitos e que estes podem ser

ser encontrado persistentemente em desacordo com os desejos dos representados; caso o conflito de interesses exista, uma explicação deve ser oferecida. Dessa forma, a representação numa dimensão substantiva diz respeito à visão dos teóricos sobre: o que é representado, à natureza dos interesses, bem-estar ou desejos; às capacidades relativas de representante e constituintes; e à natureza das questões com as quais o representante deve lidar. Nas palavras da autora: [...] um governo é representativo não demonstrando seu controle sobre seus súditos, mas apenas o oposto, demonstrando que seus súditos têm controle sobre o que faz. As ações de cada governo são atribuídas a seus súditos formal e legalmente. Mas em um governo representativo esta atribuição tem conteúdo substantivo: as pessoas realmente agem através do seu governo, e não são meramente receptores passivos de suas ações. Um governo representativo não deve meramente estar no controle, não apenas promover o interesse público, mas também deve ser sensível às pessoas. A noção está intimamente relacionada com a visão de representar uma atividade substantiva. Pois em um governo representativo, os governados devem ser capazes de agir e julgar, capazes de iniciar atividades governamentais, de modo que o governo possa ser concebido como respondendo a eles. PITKIN, Hanna. **The Concept of Representation**. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1972, p. 232, tradução nossa.

¹⁷² MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 257.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 257.

¹⁷⁴ MIGUEL, op. cit., p. 258.

estruturados, regulados e contidos; que as regras puramente processuais podem ser eficazes no tratamento dos conflitos sem recorrer à força; que a oposição política pode melhorar a qualidade das decisões coletivas; e que escolher os governos através de eleições competitivas constitui a única forma de promover a liberdade política em sociedades divididas¹⁷⁵ e que a todo esse conjunto de fatores vincula-se um caráter político e democrático; a transferência de decisões políticas para tribunais além de levantar objeções quanto à legitimidade, contribui para alterar o fisionomia da democracia. Com efeito, embora a democracia não nos dê a certeza de excelentes ou boas decisões, ela nos dá a certeza de podermos reformular ou mudar todas as decisões sem questionar ou revogar a ordem política; isto é, sem perder nossa liberdade. Nesse sentido, as eleições são um meio para um fim, um governo da opinião, um governo que reage à opinião pública e que é responsável por ela. Esta é precisamente a noção de democracia como diarquia.

Esse desenho institucional identifica no Poder Legislativo a prerrogativa funcional e democrática para elaborar leis e para figurar como instituição representativa capaz de permitir que a divergência política ecoe em procedimentos decisórios comuns, isto é, procedimentos que considerem todos os que estão a eles submetidos. Nesse sentido, o Poder Legislativo não só é estruturado e reconhecido publicamente para desempenhar as funções que desempenha, para lidar com a política democrática essencialmente nas bases do conflito; é também e, principalmente, autorizado pelos representados, e seus agentes são responsabilizados pessoalmente no exercício da representação. Evidentemente, a configuração do Poder Judiciário e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, é distinta e, por essa razão, as bases sobre as quais ele procede para dirimir conflitos pode ser questionada. Primeiro porque não se trata, sempre, de conflitos acerca da aplicação de normas constitucionais ou de lacunas deixadas pelo legislador originário; segundo porque, mesmo a decisão de elencar qual interpretação da Constituição deve ser subsumida no caso concreto é, em si mesma, política, pois diz respeito a todos e, sendo assim, carrega consigo o exterior constitutivo do político, ou seja, são decisões hábeis a associar ou dissociar grupos de forma intensa e persistente sobre os direitos que possuem e no que eles implicam.

¹⁷⁵ Cf. PRZEWORSKI, Adam. *Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts*. **Scandinavian Political Studies**, vol. 34, n. 2, 2011, pp. 168-182.

Que ao Supremo Tribunal Federal seja conferido um espectro de poder representativo não é apenas um problema de evidência empírica, mas também uma objeção normativa sobre a legitimidade da função que desempenha ou se autodeclara desempenhar. A questão é se essa representação é democrática e por que, de fato, não é. Nessa perspectiva, o que coloca a atuação de um poder republicano em cheque não é somente a falibilidade de uma decisão, característica de qualquer procedimento decisório, ou os resultados insuficientes ou não desejáveis que produzem no âmbito de sua atuação, mas, sobretudo, as regras nas quais eles foram estabelecidos, ou seja, as bases em que a decisão política é forjada e as possibilidades de modificação mediante debate público. A decisão política traduzida no voto e o julgamento político performado no controle, alteração e influência nas políticas democráticas, ainda que carentes de poder efetivo de comando, são pressupostos fundamentais da liberdade política. Assim, “não é devido a alguns resultados desejáveis que seria importante a democracia repousar sobre um debate público sem inibições, robusto e aberto, mas sim por apreciar e proteger a liberdade. Um fórum livre e público é um sinal de liberdade política e é em si e por si um bem”.¹⁷⁶

É em razão da ausência de credenciais democráticas que a atuação do Supremo Tribunal Federal no que se refere às garantias da representação política deve ser analisada com cautela. Não só pelo raciocínio que emprega ou pelas teses constitucionais que discute, mas também pela política jurisdicional subjacente à escolha arbitrária dos próprios fundamentos oferecidos para cada contexto político, expostos aos influxos característicos da própria política. O método jurídico de busca pela verdade, emoldurado no argumento de que as disputas se tratam, em verdade, de divergências técnicas sobre a atribuição de significados ao texto constitucional, impulsiona a busca inevitável pelo consenso, pois, uma vez atribuída à Corte a prerrogativa funcional de guardiã precípua da Constituição, buscar eliminar o conflito significa, nessa linguagem, focar o próprio respeito à Constituição como objeto de consenso. No entanto, o baluarte de garantia da Constituição pouco se justifica nestes casos, pois, utilizado como política institucional calcada no argumento de produção de melhores resultados, volta-se contra a própria razão de ser de uma Constituição, pois relê e reorienta a política em um discurso formalmente apolítico, mas substancialmente

¹⁷⁶ URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfoses da democracia, tradução de Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 8.

político. E, sem mecanismos de controle recíprocos frente a representantes auto instituídos, “a estrada informal que eles percorrem leva a uma desvalorização da democracia e, finalmente, à sua desfiguração”¹⁷⁷. Pouco se ganha a curto prazo; todavia, a longo, muito se perde em liberdade política.

¹⁷⁷ *Idem*, **Democracy Disfigured** – Opinion, Truth, and the People. New York: Harvard University Press, 2014, p. 83, tradução nossa.

3 AS IMUNIDADES PARLAMENTARES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASOS CONCRETOS

Neste capítulo serão analisados, principalmente, sete casos concretos decididos pelo Supremo Tribunal Federal referente ao afastamento de parlamentares federais do exercício do mandato. O objetivo é proceder a um estudo técnico destes casos quanto à aplicação das regras que compõem o Estatuto dos Congressistas a fim de identificar, a partir de um perfil de julgamento, sob quais pressupostos a hermenêutica constitucional se balizou, extraindo, conseqüentemente, quais e que tipos de argumentos serviram de fundamento para a prolação das decisões objeto de análise.

O critério da escolha está marcado pela expressividade dos casos na política nacional, cujas controvérsias instalaram questionamentos importantes acerca da interpretação das garantias constitucionais parlamentares e do possível abalo na relação de equilíbrio entre os poderes Legislativo e Judiciário. Assim, os casos estão temporalmente localizados entre os anos de 2013 e 2018. Alinhada com essa estratégia, a técnica metodológica consistirá em estudo de caso, por meio de análise de conteúdo, sendo que o procedimento adotado no capítulo contemplará, para cada caso em particular: (i) a descrição do caso; (ii) a norma constitucional aplicável; (iii) a decisão e os fundamentos do Supremo Tribunal Federal; e (iv) o estudo analítico do caso.

Sobretudo na última década, são muitos os exemplos que ilustram a expansão da capacidade do Supremo Tribunal Federal para interferir diretamente em questões que, até então, eram consideradas de natureza essencialmente política e que, por isso, competiam aos poderes Executivo e Legislativo. Para cada um dos muitos dos temas considerados relevantes na vida política nacional, cada vez mais parece ser suficiente identificar alguma controvérsia “interpretativa” sobre as regras (quando não princípios abstratos) que regulam a matéria para, então, concluir que a controvérsia em questão “reclama” a intervenção da Corte. Enfim, para cada conflito político efetivo basta identificar um correspondente conflito “constitucional” para afirmar a legitimidade da interferência do Tribunal, sem maiores preocupações com a intensidade da intervenção.

A dimensão da expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal pode ser observada no que tange à representação política, especificamente em decisões acerca das imunidades parlamentares, garantias constitucionais delineadas no Estatuto dos Congressistas.

Atualmente, as imunidades parlamentares compreendem seis situações: (i) inviolabilidade ou imunidade material (art. 53, caput, CF); (ii) imunidade processual (art. 53, §§ 3.º, 4.º e 5.º, CF); (iii) imunidade prisional (art. 53, § 2.º, CF); (iv) foro especial por prerrogativa de função (art. 53, § 1.º, CF); (v) não obrigatoriedade de testemunhar – imunidade probatória (art. 53, § 6.º, CF); e (vi) possibilidade de marcar dia, hora e local para o depoimento – prerrogativa testemunhal.

O Estatuto dos Congressistas contempla as garantias constitucionais inerentes ao exercício da função parlamentar e tem por finalidade a proteção da independência do Poder Legislativo em relação aos poderes Executivo e Judiciário e à sociedade, isto é, “são estabelecidas menos em favor do congressista que da instituição parlamentar”¹⁷⁸. Dispostas nos artigos 53 a 56 da Constituição Federal brasileira, referidas normas estabelecem o regime jurídico de parlamentares, estatuindo os direitos e imunidades e os deveres e impedimentos de deputados e senadores; visam, desta forma, ao desenvolvimento do princípio da separação dos poderes e à manutenção do Estado Democrático de Direito¹⁷⁹.

Não se trata, pois, de privilégios parlamentares. Segundo Raul Machado Horta, a aproximação entre imunidades e privilégios “não é de boa técnica, e ainda encerra desvantagem de atrair impugnação fundada em princípio nuclear da organização democrática e republicana, como é o da igualdade de todos perante a lei”¹⁸⁰. Considerando que “o privilégio, no sentido sociológico ou léxico, dispõe de irremovível impregnação egoística e antisocial”¹⁸¹, situá-lo na Câmara, no Senado, no Congresso, nas Assembleias Legislativas, no povo, na Constituição, para o autor, pode representar esforço dialético hábil, mas não remove a impropriedade. Isso porque as imunidades não constituem direitos públicos subjetivos, mas, sim, uma situação objetiva, distanciando-se da concepção de que, por se tratarem de privilégios, formam direitos subjetivos e, portanto, instituto jurídico avesso aos escopos de um

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 539.

¹⁷⁹ Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017, pp. 981-982.

¹⁸⁰ HORTA, Raul Machado. Imunidades Parlamentares. **Revista de informação legislativa**, v. 4, n. 15/16, jul./dez. 1967, p. 45. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180793>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 45.

Estado Democrático de Direito. As prerrogativas, visam, em verdade, ao “regular exercício de funções do Estado”¹⁸².

O alcance dessas imunidades no Brasil tem se prestado a largas controvérsias, dado que os critérios de apreciação nem sempre coincidem. Com efeito, caminhos diferentes podem ser trilhados diante de uma interpretação jurídica e de uma interpretação política das prerrogativas. Em contrapartida, é natural que a interpretação sofra influxos do meio e da época; de fato, “fases tranquilas não geram dissídios irremediáveis, enquanto os períodos de crise desencadeiam a carga emocional que perturba o raciocínio e compromete a serenidade”¹⁸³. Deste modo, é, principalmente, nos períodos de crise que se deve atentar para os parâmetros que são tomados por Tribunais quando da interpretação de normas da Constituição. No caso, trata-se de normas que impactam não só o exercício do mandato ou a responsabilização do congressista, mas também o equilíbrio político do próprio Poder Legislativo e, evidentemente, a harmonia dos Poderes da República.

Em 31/05/2018 o Ministro Luís Roberto Barroso suscitou questão de ordem na Ação Penal nº 937/RJ, 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). Nessa oportunidade, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, resolveu a questão de ordem para conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, limitando tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, isto é, após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, isto é, que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado. Além disso, estabeleceu um marco temporal para que a competência de processar e julgar ações penais – do STF ou de outro órgão jurisdicional – não seja mais afetada em razão do acusado se investir ou desinvestir do cargo (por renúncia, não reeleição, eleição para cargo diverso).

¹⁸² *Ibidem*, p. 45.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 47.

Nestes termos, a fim de melhor compatibilizar o foro privilegiado com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas¹⁸⁴, o Relator julgou necessário que as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses desta prerrogativa fossem interpretadas restritivamente no tocante ao sentido e alcance do instituto¹⁸⁵. Apontou, para tanto, duas razões que dão reforço à justificação da nova interpretação: (i) razões de princípio e teleologia da norma; e (ii) precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Ministro, no caso do foro privilegiado, quando se analisa o tratamento constitucional das demais prerrogativas conferidas a detentores de cargos institucionalmente relevantes, reforça-se a necessidade de exigir-se o nexo de causalidade ora defendido. Esse é o caso das imunidades material e formal atribuídas pela Constituição de 1988 aos parlamentares. No que tange à imunidade material, o Relator consignou que, em que pese o texto do dispositivo, em um primeiro momento, aparente pretender abarcar todas as manifestações dos parlamentares, sem distinções, “este Supremo Tribunal Federal entendeu, em diversos julgados, que só é legítima a proteção conferida pelo texto se presente um ‘nexo de implicação recíproca’ com o ofício congressional”¹⁸⁶.

Referente à imunidade formal, o Relator assinala a mudança ocorrida pela promulgação da Emenda Constitucional 35/2001, já que “a redação originária da Constituição de 1988 condicionava a persecução criminal e a prisão de parlamentares à licença prévia e expressa de sua Casa, de modo que a mera ausência de deliberação impedia a instauração ou o prosseguimento da ação penal (art. 53, § 1o)”¹⁸⁷, cuja disposição constitucional implicou que nenhum parlamentar fosse processado perante o STF desde 1988 até a promulgação da referida

¹⁸⁴ Para o ministro, “o caso em exame é exemplo emblemático de como o ‘sobe e desce’ processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição, quando não em razão da pena em abstrato, ao menos tendo em conta a pena aplicada em concreto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018, p. 27 do Inteiro Teor de Acórdão.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 37.

Emenda Constitucional¹⁸⁸. Assim, o Ministro justifica a possibilidade excepcional de prorrogação de competências constitucionais, que, como regra, é inadmissível¹⁸⁹, para preservar a “efetividade e racionalidade da prestação jurisdicional”, “nos casos em que o desmembramento seja excessivamente prejudicial para a adequada elucidação dos fatos em exame”, bem como “em caso de abuso processual”¹⁹⁰.

O Ministro se utiliza do exemplo da construção jurisprudencial da imunidade formal – assim como o fez no tocante à imunidade material – para justificar que a interpretação restritiva adotada no caso do foro por prerrogativa de função tem embasamento consistente nos posicionamentos firmados pela Corte. Destacando que o Plenário do STF “ainda não se pronunciou sobre a definição de um marco temporal uniforme e objetivo de *perpetuatio jurisdictionis* que se aplique a todos os casos de investidura ou desinvestidura de cargo com foro privilegiado, independentemente de abuso processual”¹⁹¹, consigna que o caso de Marcos a Rocha Mendes “é uma excelente oportunidade de fazê-lo”¹⁹².

Defronte dessas reflexões – e considerando os argumentos oferecidos pelo Ministro para sustentar a decisão –, pretende-se estudar um conjunto de precedentes acerca das imunidades parlamentares a fim

¹⁸⁸ Conforme pontua o Ministro, a EC 35/2001 “inverteu o procedimento: ao invés de a Casa ter que conceder licença prévia, o processo passou a poder tramitar normalmente perante o STF, mas com a possibilidade de a Casa sustar o andamento da ação. Segundo: limitou-se a imunidade processual aos crimes ocorridos ‘após a diplomação’ (art. 53, § 3º), a fim de que, conforme a própria exposição de motivos da PEC, se pudesse permitir o prosseguimento do processo relativo a fatos anteriores ao mandato e, assim, restabelecer ‘o conceito de igualdade, suprimindo privilégios odiosos’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018, pp. 37-38 do Inteiro Teor de Acórdão.

¹⁸⁹ Consoante Pet 1.738 AgR, como regra, não se admite a prorrogação de competências constitucionais, por se encontrarem submetidas a regime de direito estrito.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018, pp. 42-43 do Inteiro Teor de Acórdão.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹² *Ibidem*, p. 43.

de qualificar em que dimensão essa interpretação restritiva do foro tem suporte nos julgados anteriores do Tribunal e, cumulativamente, o que esses casos reforçam acerca da interpretação constitucional das garantias parlamentares pelo Supremo. Sendo assim, os casos concretos que serão abordados serão os seguintes: o caso Jair Messias Bolsonaro – Inq 3932/DF e Pet 5243/DF (imunidade material); o caso Natan Donadon – Ação Penal nº 396/RO (imunidade prisional e processual); o caso Delcídio do Amaral – Ação Cautelar nº 4039/DF – (imunidade prisional); o caso Eduardo Cunha – Ação Cautelar nº 4070/DF (imunidade prisional); o caso Renan Calheiros – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF (imunidade prisional); o caso Aécio Neves – Ação Cautelar nº 4327/DF (hipótese de perda de mandato); e, por fim, o caso Marcos da Rocha Mendes – Ação Penal nº 937/DF.

3.1 O CASO JAIR BOLSONARO – INQUÉRITO Nº 3932/DF E PETIÇÃO Nº 5243

No Inq. 3932, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia, imputando a Jair Messias Bolsonaro a prática de incitação ao crime, *in casu*, de estupro, previsto no art. 286 do Código Penal. Por seu turno, a Petição 5243 cuida de Queixa-Crime ajuizada por Maria do Rosário Nunes, Deputada Federal pelo PT/RS, em face de Jair Messias Bolsonaro, imputando-lhe a prática dos crimes de calúnia e injúria, em discurso no plenário da Câmara dos Deputados no dia 09/12/2014, e novo crime de injúria, por ocasião da entrevista concedida ao Jornal Zero Hora no dia 10/12/2014 (art. 138, *caput* e §1º, e art. 140, *c/c* art. 141, *caput* e incisos II e III; *c/c* artigo, 70, parágrafo único, todos do Código Penal)¹⁹³. As acusações referem-se ao fato de o parlamentar ter proferido, no plenário da Câmara dos Deputados, e reforçado, em

¹⁹³ Tendo em vista a incidência de concurso formal (art. 70, CP), houve o julgamento conjunto da denúncia e da queixa-crime oferecidas. *In verbis*: Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

entrevista concedida no dia seguinte, dentro de seu gabinete, que a deputada federal Maria do Rosário não merecia ser estuprada, por ser muito ruim, muito feia, não fazer seu gênero, acrescentando que, se fosse estuprador, não iria estuprá-la porque ela não merecia.

A acusação sustentou que a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo; ademais, o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente accidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet¹⁹⁴. Em resposta à denúncia, a defesa alegou que os fatos narrados foram praticados no exercício de atividade parlamentar e nas dependências do Congresso Nacional, a impedir responsabilização cível ou penal, considerado o manto da imunidade material estabelecida no art. 53 da Constituição Federal. Nestes termos, invoca jurisprudência segundo a qual a inviolabilidade prevista no art. 53, *caput*, da CF, é absoluta tratando-se de ofensas irrogadas no recinto do Parlamentar¹⁹⁵.

Por seu turno, a Petição 5243, ajuizada pela deputada federal Maria do Rosário Nunes (PT/RS), relata que a consumação dos crimes de calúnia e injúria teria ocorrido no momento em que o Querelado, referindo-se a fatos ocorridos em novembro de 2003, afirmou, no plenário da Câmara dos Deputados, que a deputada teria o chamado de estuprador no Salão Verde, em 2003; ainda, mencionou: “Maria do Rosário, por que não falou sobre sequestro, tortura, execução do Prefeito Celso Daniel do PT? Nunca ninguém falou nada sobre isso aqui e estão tão preocupados com os direitos humanos... Vá catar coquinho! Mentirosa deslavada e covarde”¹⁹⁶.

A Querelante argumentou que nunca se utilizou da terminologia de estuprador para se referir ao então deputado Jair Bolsonaro. Na ocasião, sublinhou que o Querelado à época fazia diversas provocações à parlamentar, a qual declarou, então, que com essas posturas Jair

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016, p. 4 do inteiro teor de acórdão.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016, pp. 10-11 do inteiro teor de acórdão.

Bolsonaro “promove essas violências”, momento no qual o deputado teria a questionado: “eu sou o estuprador então?”. Além disso, a inicial imputa ao Querelado novo crime de injúria, configurado pela entrevista concedida ao Jornal Zero Hora, em que ele teria reforçado as palavras mencionadas no Plenário da Câmara. E, em razão dessas declarações, seguiram-se manifestações de leitores e internautas ofensivas¹⁹⁷.

A Querelante argumenta que não incidiria, no caso, a imunidade parlamentar, tendo em vista que a inviolabilidade não é absoluta, incidindo a imunidade somente nos casos em que se verificasse o nexo de causalidade da manifestação do congressista com o exercício do mandato. Em Resposta Preliminar, o Querelado sustenta, ao contrário, que os fatos estão abarcados pela imunidade parlamentar, de modo que “não há como desassociar o fato da função atribuída ao querelado” e que “a entrevista ao jornal Zero Hora foi dada pelo querelado em seu Gabinete parlamentar”, sendo que “o assunto estava diretamente relacionado a outro fato ocorrido em Plenário da Câmara daquela Casa Legislativa”¹⁹⁸.

Trata-se, aqui, do enunciado do art. 53, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”¹⁹⁹. Essa norma consiste na garantia parlamentar denominada inviolabilidade, imunidade material ou imunidade substancial e visa assegurar sua finalidade primordial, qual seja, a independência do Poder Legislativo e o livre exercício do mandato. O exercício da atividade dos parlamentares é, assim, pautado por uma ampla liberdade de expressão e manifestação de pensamento, tendo, com isso, a preservação de suas opiniões e palavras. Deste modo, a inviolabilidade “exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal”²⁰⁰.

¹⁹⁷ “Mas aí essa puta não defende bandido que tem ele dá uma estupradinha nela?”; “Eu estupraria Maria do Rosário, mas com os dedos, porque com aquela cara nem com Viagra”. *Ibidem*, pp. 11-12.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

²⁰⁰ SILVA, op. cit., p. 540. De acordo com Bernardo Gonçalves, “Há quem entenda tratar-se de excludente do crime. Esta foi a posição do Min. Ayres Britto no Inq 2282/DF ao afirmar que inviolabilidade material é ‘excludente do

Existem alguns critérios para qualificar quais casos a inviolabilidade abarca²⁰¹. Em primeiro lugar, a inviolabilidade independe, em tese, do logradouro ou do recinto em que as palavras, opiniões e votos são proferidos. Conforme adverte Bernardo Gonçalves Fernandes, “mesmo se as opiniões forem proferidas fora do recinto parlamentar, estarão os parlamentares acobertados por ela”²⁰². A proteção se estende aos senadores, deputados federais, estaduais e distritais; no caso de vereadores, a imunidade não se aplica totalmente, tendo em vista que suas manifestações só são invioláveis quando

crime’, ou seja, que está acobertado por ela não comete crime. Outros entendem ‘como causa de isenção de pena’. Fernando Capez e Luiz Flávio Gomes, adotam uma terceira corrente, entendendo que a imunidade material ‘exclui a tipicidade da conduta’ uma vez que impede a instauração de inquérito ou processo criminal contra o parlamentar. Apesar de não haver consenso, parecemos correta esta última posição, pois as excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, etc) não obstam a instauração de procedimento policial e a propositura da ação penal para a apuração da Infração penal, apenas impondo, quando reconhecidas a absolvição do réu. O mesmo ocorre em relação as causas de isenção da pena (ex: inimputabilidade nos termos do art. 26, caput do CP, perdão judicial) que, como regra, também não impedem o inquérito ou o processo. Diferentemente, porém, é a hipótese da exclusão da tipicidade da conduta, em que resta inviabilizada, qualquer apuração sob pena de constrangimento ilegal impugnável por habeas corpus”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 983.

²⁰¹ A análise do caso não contemplará todos eles, motivo pelo qual, para ciência, resume-se, em apertada síntese, nesta nota. Os requisitos da inviolabilidade são observados em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Em regra, têm-se as seguintes diretrizes: (i) independe do logradouro ou recinto em que seja proferida as opiniões ou palavras; (ii) exigência do nexo de causalidade entre o exercício do mandato e o proferimento de opiniões ou palavras; (iii) a divulgação de mensagens contra a honra de alguém via meio eletrônico, para serem acobertadas pela imunidade material, devem guardar relação com o exercício do mandato. Aqui, mesmo se as mensagens forem produzidas dentro de um gabinete de parlamentar; (iv) a eficácia temporal é absoluta, ou seja, mesmo que o parlamentar não tenha mais imunidade, esta será conservada com relação ao discurso proferido no exercício do mandato; (v) o congressista candidato a qualquer cargo eletivo que ofende moralmente terceiro em pronunciamento com finalidade exclusivamente eleitoral; (vi) somente parlamentares são abarcados pela imunidade material; (vii) é matéria de ordem pública; não pode ser renunciada.

²⁰² *Ibidem*, p. 983.

proferidas no âmbito da circunscrição do município²⁰³. Essa é uma leitura pura e simples do dispositivo constitucional, ou seja, após a diplomação (quando os cidadãos eleitos alçam formalmente à condição de parlamentares) opera-se a imunidade pelas palavras e opiniões, de modo que o local em que foram proferidas não compreende um requisito exigido pela norma.

Nesse sentido, vale destacar o Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.883/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma da Corte, em 10/11/2015. No caso, tratou-se de interpelação judicial deduzida, com fundamento no art. 144 do Código Penal, pelo então Senador da República Aécio Neves da Cunha (PSDB/MG) contra a então Deputada Federal Jandira Feghali (PT/RJ). O fato consistiu na ocasião em que a deputada veiculou, no dia 19 de maio de 2015, em sua conta do Twitter (@jandira_feghali), a seguinte frase: “Aécio, o Brasil precisa saber de um HELICÓPTERO repleto de drogas. #PSDBteuPASSADOteCONDENA #MidiaBlindaPSDB”. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material também estende o seu manto protetor às entrevistas jornalísticas, à transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e às declarações veiculadas por intermédio dos “mass media” ou dos “social media”. Ressaltou-se que a Corte tem reafirmado “(...) a importância do debate, pela mídia, das questões políticas protagonizadas pelos mandatários”²⁰⁴, além de haver

²⁰³ EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este “apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice”, sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 600063/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 5.875/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravada: Jandira Feghali. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de março de 2017, p. 18 do inteiro teor de acórdão.

ênfatisado “a ideia de que as declarações à imprensa constituem o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, desde que se relacionem com estas”²⁰⁵. Concluindo, registrou-se que o comportamento da Deputada Federal integra o âmbito da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade parlamentar material, excluindo, assim, a responsabilidade penal da manifestação, considerada a circunstância de que a questionada manifestação foi proferida no exercício do mandato legislativo.

Vê-se, portanto, que se revela incabível, na espécie, a interpelação judicial contra a deputada, eis que sua declaração no “Twitter” está amparada pela cláusula constitucional da imunidade parlamentar em sentido material²⁰⁶. Em virtude da teleologia inerente à cláusula de inviolabilidade prevista no art. 53, *caput*, da Constituição da República, a Corte defendeu o amplo exercício da liberdade de expressão, qualquer que seja o âmbito espacial em que concretamente se manifeste (RTJ 133/90), ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa (RTJ 131/1039 – RTJ 135/509-510 – RT 648/318), desde que as declarações emanadas do membro do Poder Legislativo – quando pronunciadas fora do Parlamento (RTJ 194/56, Pleno) – guardem conexão com o desempenho do mandato (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dele (prática *propter officium*)²⁰⁷. Em sentido similar, a decisão no Agravo de Instrumento 401.600-0/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, consignando que a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material incide qualquer que seja o âmbito espacial, independente dos meios de divulgação utilizados²⁰⁸.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 18

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.883/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravada: Jandira Feghali. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de março de 2017, p. 17 do inteiro teor de acórdão.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁰⁸ “A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, “caput”) exclui a possibilidade jurídica de responsabilização civil do membro do Poder Legislativo, por danos eventualmente resultantes de suas manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática “in officio”) ou externadas em razão deste (prática “propter officium”), qualquer que seja o âmbito espacial (“locus”) em que se haja exercido a liberdade de opinião, ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa, independentemente dos meios de divulgação utilizados, nestes incluídas as entrevistas jornalísticas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 401.600-0/DF. Agravantes: Novadata Sistemas e

Nestes termos, uma segunda característica da inviolabilidade diz respeito ao nexó de causalidade entre as declarações proferidas pelo congressista e o exercício do mandato. Sobre o assunto, Bernardo Gonçalves assinala que para que incida a imunidade material as opiniões ou palavras devem guardar relação com o mandato, isto é, devem ser proferidas em função do mandato, sendo exigível, portanto, o nexó de causalidade entre o exercício do mandato e o proferimento das opiniões ou palavras²⁰⁹. Questiona-se, neste ponto, se sempre haveria a necessidade do nexó de causalidade (entre manifestação ofensiva e o mandato) ou em proferimentos dentro do parlamento, esse requisito (básico) seria dispensado.

O STF entendeu no RE nº 463.671 AgR julgado em 19/06/2007, que “sendo a ofensa irrogada em plenário, independe de conexão com o mandato para o fim de elidir a responsabilidade civil por perdas e danos”. Nesse posicionamento, a aferição do nexó de causalidade seria necessária apenas para os pronunciamentos realizados fora do parlamento, de modo que, no recinto do parlamento, as palavras e opiniões dos congressistas estariam abarcadas pela imunidade material de forma absoluta²¹⁰. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma do STF no Inquérito nº 3672/RJ, em 14/10/2014, de relatoria da ministra Rosa Weber²¹¹. Nessa oportunidade, a Primeira Turma recebeu, por maioria de votos, a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal, contra o deputado federal Anthony Garotinho (PR-RJ) pela suposta prática do crime de calúnia (art. 138, do CP). O deputado foi acusado de

Computadores S/A e Outro. Agravados: Arnaldo Versiani Leite Soares e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 8 de outubro de 2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/AI401600.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

²⁰⁹ Cf. FERNANDES, op. cit., p. 984.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.671-9/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Eduardo Consentino da Cunha. Agravado: Maria Aparecida Campos Straus. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474778>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.672/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 14 de outubro de 2014.

ofender a honra de um delegado no momento em que afirmou em seu blog que o delegado Cláudio Ferraz teria arquivado um inquérito policial para beneficiar aliados políticos. Nessa ocasião, segundo o entendimento do STF – vencido o Ministro Dias Toffoli²¹² –, “A inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores por opiniões palavras e votos, consagrada no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que não guarde liame com o exercício do mandato”²¹³.

Todavia, a mesma Primeira Turma, no julgamento do Inquérito nº 4088 e Inquérito nº 4097, em 01/12/2015, de relatoria do Ministro Edson Fachin, afirmou que “a imunidade material conferida aos parlamentares não seria uma prerrogativa absoluta. Restringir-se-ia a opiniões e palavras externadas, dentro ou fora do recinto do Congresso Nacional, mas no exercício do mandato ou em razão dele”²¹⁴. Neste caso, o então senador Ronaldo Caiado (DEM/GO) publicou em sua conta no Twitter e Facebook mensagens ofensivas acerca do ex-Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva²¹⁵. Prevalecia, portanto, a compreensão de que a imunidade parlamentar não se estenderia para opiniões ou palavras que pudessem malferir a honra de

²¹² O Ministro entendeu que “os fatos imputados ao deputado são protegidos pela imunidade parlamentar. Em seu entendimento, a crítica feita por um parlamentar à atuação de um agente público de seu estado de origem, ainda que mais dura, se enquadra em sua atividade fiscalizadora”. 1ª TURMA recebe denúncia contra Anthony Garotinho por calúnia. **Notícias STF**. Brasília, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277433&tip=UN>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.672/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 14 de outubro de 2014, p. 1 do Inteiro Teor de Acórdão.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4097. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Luiz Inácio Lula da Silva. Investigado: Ronaldo Ramos Caiado. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 01 de dezembro de 2015, p. 6 do Inteiro Teor de Acórdão.

²¹⁵ “Lula tem postura de bandido. E bandido frouxo! Igual à época que instigava metalúrgicos a protestar e ia dormir na sala do delegado Turno”; “Lula e sua turma foram pegas roubando a Petrobras e agora ameaça com a tropa MST do Stédile e do Rainha para promover o baderna”; “Em vez de ir para reuniões de incitações ao ódio, Lula deveria ir à CPI da Petrobras explicar os assaltos cometidos por ele e seu governo”.

alguém quando essa manifestação estivesse dissociada do exercício do mandato. Assim, quando um congressista alardeia práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontra-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas atribuições constitucionais²¹⁶.

Outro requisito que o caso evidencia diz respeito ao meio em que a manifestação foi proferida. Nesse sentido, para ser acobertada pelo manto da inviolabilidade, a divulgação de mensagens contra a honra de alguém, via meio eletrônico, deve guardar conexão com o exercício do mandato, ainda que as mensagens sejam produzidas dentro de um gabinete de parlamentar²¹⁷. Nesse sentido, o julgado em 06/03/2018, na Petição 5956/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que a Primeira Turma rejeitou queixa-crime contra o deputado federal Fernando Francischini (SD-PR), acusado pela prática, em tese, dos delitos de difamação e injúria, previstos nos artigos 139 e 140 do

²¹⁶ “QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. 1. A regra do art. 53, caput, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar. 2. A atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle da administração pública (art. 49, X, da CR), razão pela qual os congressistas, ao alardearem práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontram-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas atribuições constitucionais. 3. A regra do art. 53, caput, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal. 4. Queixa rejeitada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4097. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Luiz Inácio Lula da Silva. Investigado: Ronaldo Ramos Caiado. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 01 de dezembro de 2015.

²¹⁷ Cf. FERNANDES, op. cit., p. 987.

Código Penal, por alegada ofensa a simpatizante do Partido dos Trabalhadores (PT). Nessa oportunidade, o Tribunal consignou que “a inviolabilidade parlamentar abrange as manifestações realizadas fora do Congresso Nacional, inclusive quando realizadas por meio de mídia social, desde que presente onexo causal entre a suposta ofensa e a atividade parlamentar”²¹⁸. No caso, a Relatora evidenciou que “enquanto parlamentar, o deputado manifestou-se sobre tema de conotação política, ligado ao conhecido posicionamento contrário à agremiação política”.

Destaque-se que no Inquérito nº 2130/DF, julgado em 13/10/2004, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Tribunal rejeitou denúncia oferecida contra deputado federal pela suposta prática dos delitos de calúnia, injúria e difamação, previstos na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), decorrentes de divulgação, por meio de informativo eletrônico semanal, do conteúdo de uma carta anônima que noticiava fatos ofensivos à honra de coronel da polícia militar do Estado de Minas Gerais e que o apontava como suposto autor de atos de corrupção passiva. Na oportunidade, assentou-se que, tendo em conta ser o denunciado deputado federal e, ainda, de ser seu gabinete uma extensão da Casa Legislativa, que a divulgação efetivada, independentemente do meio utilizado, estaria acobertada pela imunidade parlamentar material por não estar desvinculada do exercício parlamentar, já que os fatos noticiados constituiriam, em tese, crimes contra a administração pública, incidindo, na hipótese, o disposto no art. 53 da CF/88²¹⁹.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Jair Bolsonaro, por maioria de votos – nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, vencido o Ministro Marco Aurélio²²⁰ – foi no sentido de receber a

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 5956/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Edva Moreno Aguilar ou Edva Moreno Aguilar Bonassa. Requerido: Fernando Destito Francischini. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 6 de março de 2018, p. 1 do Inteiro Teor de Acórdão.

²¹⁹ Informativo nº 365, STF. Inq 2130/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 13.10.2004. (Inq-2130). Carta Anônima. Veiculação pela "Internet". Calúnia. Imunidade Parlamentar Material.

²²⁰ “Decisão: Por maioria de votos, a Turma recebeu a denúncia e, parcialmente, a queixa-crime apenas quanto ao delito de injúria, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou a Dra. Lygia Regina de Oliveira Martan, pelo Investigado. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 21.6.2016. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz

denúncia e, parcialmente, a queixa-crime apenas quanto ao delito de injúria, em 21/06/2016. A Primeira Turma assentou que a garantia constitucional inscrita na cláusula de inviolabilidade “protege o parlamentar, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que exerça a liberdade de opinião, sempre que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela”²²¹. Nessa esteira, qualificou que tipo de manifestação pode estar, de fato, relacionada com o exercício do mandato, isto é,

[...] elas devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação do Congresso Nacional (CPI) ou dos órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática.²²²

Frisou-se que as palavras e opiniões de caráter pessoal, que não possuem vínculo com o exercício da função de parlamentar – e, portanto, sem relação com o debate democrático de fatos e ideias –, não configuram prática *in officio* ou prática *propter officium*, pois estariam flagrantemente desconectadas com o desempenho da função legislativa ou em razão dele, respectivamente. No caso, “cuida-se de declarações que, a toda evidência, não guardam qualquer relação com o exercício do mandato”²²³.

Considerando que as primeiras declarações foram proferidas na Câmara dos Deputados, em momento em que Jair Bolsonaro

Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016, p. 52 do Inteiro Teor de Acórdão (Extrato da Ata).

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016, p. 20 do inteiro teor de acórdão.

²²² *Ibidem*, p. 25.

²²³ *Ibidem*, p. 25.

reproduziria suas críticas em relação à comemoração do Dia Internacional dos Direitos Humanos, o Relator fez constar que, “não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilização do parlamentar quando as palavras tenham sido proferidas no recinto da Câmara dos Deputados”²²⁴ as declarações ofensivas “foram proferidas em entrevista a veículo de imprensa, não incidindo, assim, a imunidade”²²⁵.

Nessa esteira, sublinhou-se o caráter da publicidade da ofensa para fins de responsabilização criminal, haja vista que o *locus* onde as palavras ganharam proporção consistiu na imprensa e na internet, de modo que “o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental”²²⁶. Desta forma, o STF firmou entendimento de que “cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal”²²⁷.

O caso concreto do ex-deputado Jair Bolsonaro figurou como um *hard case* nessa matéria, na medida em que a mesma Primeira Turma voltou a afirmar que dentro do parlamento a imunidade material recebe um viés absoluto, uma vez que o proferimento do parlamentar não precisa guardar relação com o mandato. Nesta ocasião, o STF acabou por receber denúncia e queixa crime contra Jair Bolsonaro, pelos crimes tipificados no art. 286, do CP (incitação ao crime) e art. 140, do CP (crime de injúria), mas não em razão da manifestação da ofensa na tribuna da Câmara dos Deputados, e sim em virtude da entrevista concedida, também dentro do recinto parlamentar, para o Jornal Zero Hora, momento em que o congressista repetiu a fala prolatada no plenário da Câmara²²⁸.

²²⁴ *Ibidem*, p. 26.

²²⁵ *Ibidem*, p. 26.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016, p. 26 do inteiro teor de acórdão.

²²⁷ *Ibidem*, p. 26.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 831. **Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados**. Brasília, 20 a 24 de junho de 2016. Disponível em:

Em suma, a inviolabilidade já foi interpretada de diversas maneiras, considerando diversas variáveis de acordo com o caso:

(i) O gabinete já foi considerado uma extensão da Casa Legislativa e, por esse motivo, a divulgação efetivada estaria acobertada pela imunidade desde que vinculada com o exercício do mandato, **independente do meio utilizado** (Inquérito n° 2130/DF, julgado em 13/10/2004);

(ii) A imunidade já acobertou ofensa irrogada em plenário, **independente de conexão com o mandato** (RE n° 463.671 AgR, 19/06/2007);

(iii) A inviolabilidade já incidiu **qualquer que seja o âmbito espacial, independente dos meios de divulgação utilizados** (Agravo de Instrumento 401.600-0/DF, 08/10/2009);

(iv) A inviolabilidade já foi inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que **não guarde liame com o exercício do mandato** (Inquérito n° 3672/RJ, em 14/10/2014).

(v) As declarações à imprensa já constituíram o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, mas **o critério de conexão com o mandato foi novamente preponderante** (Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.883/DF, 10/11/2015).

(vi) Já se decidiu que a inviolabilidade, na verdade, não seria uma prerrogativa absoluta, isto é, restringir-se-ia a **opiniões e palavras externadas, dentro ou fora do recinto do Congresso Nacional, mas no exercício do mandato ou em razão dele** (Inquérito n° 4088 e Inquérito n° 4097, 01/12/2015).

(vii) O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista foi considerado fato meramente acidental; sublinhou-se o caráter da publicidade da ofensa para fins de responsabilização criminal, isto é, se as declarações foram concedidas em entrevista para **veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar**, a imunidade não incide. (Inquérito n° 3932/DF e Petição n° 5243, 2016).

(viii) Mas a inviolabilidade parlamentar já abarcou as manifestações realizadas fora do Congresso Nacional, inclusive quando **realizadas por meio de mídia social**, desde que presente **o nexos causal entre a suposta ofensa e a atividade parlamentar**” (Pet 5956/DF, 06/03/2018).

Observa-se que local, nexos de causalidade e meio de divulgação já foram requisitos considerados, conjunta ou separadamente, ora com viés absoluto ora com viés relativo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O caso de Jair Bolsonaro evidencia outro critério estranho ao disposto no art. 53, *caput*, da CF: o da responsabilização em razão da dimensão que a manifestação do parlamentar pode tomar. Ora, firmar entendimento de que a imunidade não incidiu no caso porque, embora a ofensa tivesse sido manifestada no gabinete do congressista, foi publicizada em veículo de grande circulação nacional, de modo que o local (gabinete do parlamentar) restou considerado como “fato meramente accidental”, implica em abrir interpretação de que, se a ofensa não guardar relação com o mandato mas for manifestada em veículo de pequena circulação, afastaria a responsabilização do parlamentar, de modo que local, nexos de causalidade e meio de divulgação deixam de ser os critérios aplicáveis, passando para nova leitura do artigo, o caráter da dimensão da publicidade. Nesse sentido, é evidente a falta de um critério sólido para a aplicação da norma da garantia parlamentar da inviolabilidade, o que denota grande dificuldade de manter uma coerência interpretativa, bem como grande propensão a empreender interpretações consequencialistas.

3.2 O CASO DELCÍDIO DO AMARAL – AÇÃO CAUTELAR Nº 4039/DF

O então senador pelo PT/MS Delcídio do Amaral Gómez foi preso em 25/11/2015, acusado de praticar crime de embaraço de investigação de organização criminosa, previsto no art. 2º, § 1º, na forma do § 4º, II, da Lei 12.850/2013. No caso, o senador, juntamente com o controlador do Banco BTG Pactual, André Santos Esteves, o advogado Edson Siqueira Ribeiro Filho (constituído por Nestor Cerveró para estratégia contenciosa de sua defesa em juízo na Operação *Lava Jato*, mas cooptado por Delcídio do Amaral) e seu chefe de gabinete, Diogo Ferreira Rodrigues, tentaram convencer Nestor Cuñat Cerveró, ex-diretor Internacional da Petrobrás, a não firmar acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, evitando, assim, sua delação na Operação *Lava Jato*. Em contrapartida, o senador da República ofereceu a Bernardo Cerveró, filho de Nestor Cerveró, o importe mínimo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais, que seriam destinados à família de Cerveró, bem como prometeu intercessão política junto ao Poder Judiciário, perante os Ministros do STF, em favor de sua liberdade. Por fim, os réus apresentaram a possibilidade de

auxiliar na fuga de Cerveró à Espanha caso este fosse beneficiado com a ordem de *habeas corpus*²²⁹. Contudo, convencido de que faria a colaboração, Cerveró não aceitou as propostas de Delcídio, oportunidade em que seu filho Bernardo gravou as conversas e as tratativas entabuladas entre os réus e as entregou ao Ministério Público Federal²³⁰.

No entendimento do Ministério Público, o Senador e os outros envolvidos teriam praticado, no mínimo, dois crimes: a) integrar organização criminosa (art. 20, *caput*, da Lei nº 12.850/2013); b) embarçar investigação envolvendo organização criminosa (art. 20, § 1º da Lei nº 12.850/2013). A acusação ressaltou que houve tríplice fundamento para a prisão preventiva: a lavagem de dinheiro sob o disfarce de honorários atentou frontalmente contra a ordem pública; o planejamento de fuga de pessoa que pode vir a ser solta para evitar que seja novamente presa, tanto mais quando admitida a probabilidade de nova prisão, constituiu lesão profunda à aplicação da lei penal; e a supressão de prova foi, em si, a hipótese mais eloquente de tumulto para a investigação criminal²³¹.

Quanto à imunidade prevista no art. 53, § 2º, da CF, o Ministério Público Federal asseverou que o tom absolutista do preceito da prerrogativa não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2015, p. 1.

²³⁰ De acordo com o Informativo 809, do STF: A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos até agora. [...] Embora o art. 5º, LVI, da Constituição desautorize o Estado a utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, considerados aqueles que resultem de violação às normas de direito penal, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, quando não esteja presente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 809. Brasília, 23 a 27 de novembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>.

Acesso em: 25 jan. 2019.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2015, p. 175.

constitucional, dado que, se nem os direitos fundamentais são absolutos, quiçá será a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar²³². Considerando isso, consignou que a diretriz do art 53, §1º, da CF, quando impõe que deputados e senadores serão julgados perante o STF é “intuitivo que o Supremo deverá exercer essa competência de forma integral e plena”, sendo que “o poder geral de cautela (acessório) é implícito ao poder de julgar (principal)”²³³. Assim, a imunidade é garantia do livre exercício do mandato parlamentar e não da pessoa do congressista, sendo que, na hipótese, se revela flagrante desvio de finalidade. Requereu, ao final, a suspensão do exercício do mandato eletivo, uso de tornozeleira e proibição de contato de qualquer espécie com qualquer investigado da Operação Lava Jato.

A imunidade formal traduz-se “na possibilidade dos deputados e senadores não serem presos (ou não permanecerem presos), ou ainda, na possibilidade de sustação de ação penal contra deputado ou senador por crime praticado pelos mesmos após a diplomação”. Subdivide-se em imunidade formal em relação à prisão, disposta no art. 53, § 2º, da CF/88 e imunidade formal em relação do processo, prevista no art. 53, §§ 3º, 4º e 5º da CF/88. A imunidade prisional dos deputados federais e dos senadores contempla qualquer prisão (seja preventiva ou temporária ou em flagrante de crime afiançável)²³⁴. Ou seja, os congressistas não podem sofrer privação da liberdade em razão de mandados eventualmente expedidos em face dessas prisões²³⁵. É o que se denomina de estado de relativa incoercibilidade pessoal (*freedom from arrest*)²³⁶.

Nesse sentido, desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime

²³² *Ibidem*, pp. 176-177.

²³³ *Ibidem*, p. 178.

²³⁴ Quanto à prisão por ocasião de sentença condenatória transitada em julgado, o STF vem entendendo de outra forma, como se verá adiante no caso Natan Donadon – Ação Penal nº 396/RO.

²³⁵ Conforme assinala Renato Brasileiro, “Segundo precedente antigo do Supremo Tribunal Federal, congressistas só poderiam sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável. Logo, não poderiam ser objeto de prisão temporária, nem tampouco de prisão preventiva”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 884.

²³⁶ *Ibidem*, p. 884.

inafiançável. Cumpridas as exigências constitucionais comuns²³⁷, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão, momento em que a Casa se pronuncia sobre a legalidade do flagrante lavrado (art. 53, § 2º, c/c art. 27, § 1º da CF/88)²³⁸.

A decisão, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, consignou que a prisão cautelar seria a solução jurídica para os quatro réus, conforme os ditames dos arts. 312, 313, I, do Código de Processo Penal. Aduziu que as condutas descritas no Anexo 29 do acordo de colaboração premiada de Nester Cerveró representam “risco evidente para a ordem pública e para a investigação criminal em curso. Refletem, ademais, ao menos a aceitação entusiasmada da hipótese de frustrar da aplicação da lei penal em desfavor de Nestor Cerveró”²³⁹. Concluiu, sinalizando que há “Nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão é capaz de conjurar arco tão amplo de condutas contrárias à boa marcha da investigação criminal”²⁴⁰.

A fim de fundamentar a decretação da prisão preventiva do senador Delcídio do Amaral, o Ministro Teori Zavascki prosseguiu ressaltando que o art. 53, § 2º da Constituição da República abarca, aparentemente, regra absoluta com exceção limitadíssima, sendo que da leitura literal do dispositivo a prisão cautelar não é cabível, em nenhuma de suas modalidades, nem com a elevada proteção do foro por prerrogativa de função; a prisão em flagrante, por seu turno, só é possível em virtude de crime inafiançável. Sublinha a modificação empreendida pela EC 35/2001, que, contudo, criou um sistema intrinsecamente incoerente, na medida em que “há lógica jurídica em isentar de prisão cautelar a quem está isento do próprio processo penal, mas constitui teratologia jurídica admitir que alguém esteja sujeito a processo penal sem estar sujeito sequer abstratamente a um dos mais

²³⁷ Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. Constituição Federal.

²³⁸ 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.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2015, p. 174.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 174-175.

relevantes instrumentos da jurisdição criminal, que é a prisão cautelar”²⁴¹.

A questão a ser analisada toca no questionamento sobre se esses crimes estariam sendo praticados em flagrante e na necessidade de a flagrância incidir em crime inafiançável. Segundo entendimento do STF, a situação de flagrância se concretizou na medida em que as condutas praticadas pelo senador – de integrar organização criminosa e embarçar a investigação no âmbito da Operação Lava Jato – configuram crime permanente. Conforme registrado na decisão, “Ele está agindo com desenvoltura, em arco temporal relevante, para se evitar que sejam produzidas, na Operação Lava Jato, provas contra si e um banqueiro investigado, inclusive com participação em planejamento de fuga de pessoa denunciada que pode vir a estar sob vigilância eletrônica”²⁴². Desse modo, o senador estaria, por todos os dias, cometendo os dois crimes descritos e, portanto, mantendo-se em estado de flagrância.

Quanto à inafiançabilidade, o STF entendeu que “a hipótese é de inafiançabilidade, decorrente do disposto no art. 324, IV, do Código de Processo Penal”²⁴³. O Relator aduziu que a incoercibilidade pessoal dos parlamentares “configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o Texto Constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares”²⁴⁴. Por fim, acentuou os fundamentos nos seguintes termos:

- a) o princípio da imunidade parlamentar permanece íntegro e de aplicação obrigatória no sistema constitucional para garantir a autonomia das instituições e a garantia dos cidadãos que proveem os seus cargos pela eleição dos seus representantes. Cuida-se de **princípio essencial para assegurar a normalidade do Estado de Direito**;
- b) a sua não incidência, na espécie, pelo menos na forma pretendida pelo Impetrante, deve-se à condição especial e excepcional, em que a sua

²⁴¹ *Ibidem*, p. 177.

²⁴² *Ibidem*, p. 178.

²⁴³ *Ibidem*, p. 199.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 200.

aplicação gera a **afronta a todos os princípios e regras constitucionais que se interligam para garantir a integridade e unidade do sistema constitucional**, quer porque acolher a regra, em sua singeleza, significa tornar um brasileiro insueto a qualquer processamento judicial, faça o que fizer, quer porque dar aplicação direta e isolada à norma antes mencionada ao caso significa negar aplicação aos princípios fundantes do ordenamento;

c) **o caso apresentado aos autos é situação anormal, excepcional e não cogitada**, ao que parece, em qualquer circunstância pelo constituinte. Não se imagina que um órgão legislativo, atuando numa situação de absoluta normalidade institucional do País e num período de democracia praticada, possa ter 23 dos 24 dos seus membros sujeitos a inquéritos e processos, levados adiante pelos órgãos policiais e pelo Ministério Público.

d) **à excepcionalidade do quadro há de corresponder a excepcionalidade da forma de interpretar e aplicar os princípios e regras do sistema constitucional**, não permitindo que para prestigiar uma regra – mais ainda, de exceção e de proibição e aplicadas a pessoas para que atuem em benefício da sociedade – se transmute pelo seu isolamento de todas as outras do sistema e, assim, produza efeitos opostos aos quais se dá e para o que foi criada e compreendida no ordenamento.²⁴⁵

Segundo o STF, os crimes do art. 20, *caput* e do § 1º da Lei nº 12.850/2013 que, em tese, foram praticados pelo Senador, não são, a princípio, inafiançáveis, por força do art. 323 do CPP²⁴⁶, já que não se

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 202-203, grifo nosso.

²⁴⁶ Art. 323. Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del13689CCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

encontram listados no dispositivo, ou seja, não se tratam do que a doutrina chama de crimes absolutamente inafiançáveis. Entretanto, no caso concreto posto em julgamento os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, quais sejam, tentativa de calar o depoimento de colaborador, de influenciar os julgadores e planejamento de fuga, ensejam circunstância em que não se admite fiança, conforme preceitua o art. 324, IV, do Código de Processo Penal²⁴⁷. Por força dessa interpretação, os crimes imputados ao Senador da República seriam inafiançáveis, com base no art. 324, IV, do CPP – e não no art. 323, do CPP. Isso porque, no entendimento da Corte, se, no caso concreto, os pressupostos para decretar a prisão preventiva estiverem presentes, o crime será considerado como impassível de fiança, ainda que não integre o rol dos crimes previstos no diploma processual penal.

A fundamentação da Procuradoria-Geral da República justificou o pedido de decretação da prisão preventiva de Delcídio do Amaral a partir do argumento de relativização da garantia parlamentar da imunidade prisional do § 2º do art. 53, sublinhando que a incoercibilidade pessoal não poderia ser encarada como absoluta, levantando-se, no caso, a possibilidade de prisão preventiva de senador. Duas reflexões podem ser levantadas para analisar se o STF acolheu esse fundamento ou não. A primeira delas identifica que sim, a Corte acolheu o fundamentado aventado pela PGR, autorizando a prisão preventiva e relativizando o art. 53, § 2º, da CF. O argumento foi de que a excepcionalidade admite prisão preventiva de congressista, mesmo ante disposição de vedação expressa do dispositivo constitucional. Com efeito, a situação de completa anomalia institucional culminou com o quadro de excepcionalidade, motivos que construíram o arcabouço justificatório para a flexibilização da norma constitucional. Nesse entendimento, consignou-se que, embora a prisão preventiva seja formalmente descabida, ela não é intransponível. Na seara processual penal, por sua vez, há quem entenda que a prisão, em verdade, foi preventiva – e não em flagrante –, pois, na medida em que a prisão em flagrante prescinde de requerimento do Ministério Público e de expedição de mandado de prisão²⁴⁸, a prisão só poderia ser preventiva.

²⁴⁷ Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. *Ibidem*.

²⁴⁸ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Nesse sentido: “a prisão foi com mandado, decidida pela Corte, a pedido do MP, com predicados de PREVENTIVA. Não foi flagrante”²⁴⁹.

Uma segunda corrente afirma que não seria possível a prisão preventiva de Deputado Federal ou Senador, uma vez que a única prisão cautelar que o art. 53, § 2º da CF/88 admite é a prisão em flagrante de crime inafiançável. “Nesse sentido, o que corrobora com essa posição é não apenas a argumentação por ele utilizada, mas também a forma pela qual o Ministro descreveu o comando da decisão”²⁵⁰. Dessa interpretação, a Corte não teria concordado em decretar a prisão preventiva do senador, reconhecendo, todavia, que o congressista estava em situação de flagrância, razão pela qual ordenou o cumprimento da prisão. Consignou o Informativo 809, do STF, que a situação de flagrância fora identificada²⁵¹, asseverando que “a hipótese presente é de inafiançabilidade, nos termos do CPP [‘Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: ... IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)’]” e que ante a presença das circunstâncias que autorizariam a decretação da custódia

²⁴⁹ CUNHA, Rogério Sanches. A prisão do Senador Delcídio foi flagrante ou preventiva? **Amo Direito**, 26 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.amodireito.com.br/2015/11/a-prisao-do-senador-deldidio-foi.html>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

²⁵⁰ FERNANDES, op. cit., p. 992.

²⁵¹ Informativo 809, STF: A Segunda Turma, em julgamento conjunto, por entender presente situação de flagrância, bem como os requisitos do art. 312 do CPP, referendou decisão do Ministro Teori Zavascki (relator), que decretara prisão cautelar de senador. Referendou, também, as demais decisões prisionais proferidas em relação a assessor desse mesmo senador, advogado e banqueiro. O Colegiado determinou, ainda, que os autos fossem imediatamente remetidos ao Senado para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão de seu integrante, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição (“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. ... § 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 809. Brasília, 23 a 27 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

cautelar, “não haveria outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva”²⁵².

É cediço que o crime permanente “é aquele em que a execução se protraí no tempo por determinação do sujeito ativo. É a modalidade de crime em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente”²⁵³. Ademais, há a possibilidade, em qualquer momento, da prisão em flagrante. É o que dispõe os arts. 302 e 303, do CPP²⁵⁴, enunciando, respectivamente, as hipóteses para se atestar o flagrante delito e a manutenção da flagrância nas infrações permanentes enquanto não cessar a permanência. O dispositivo infraconstitucional delineado no Código de Processo Penal enuncia motivos que ensejam a decretação de prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP). A norma constitucional do art. 53, § 2º refere-se às pessoas que, em razão de suas funções, não podem ser presas

²⁵² Informativo 809, STF: Segundo a Turma, a decisão ora referendada teria como um de seus principais fundamentos a garantia da instrução criminal, das investigações, aliado à higidez de eventuais ações penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que autorizariam a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência da Corte. Assim, a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obtenção de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos (reuniões ocorridas no corrente mês), ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentariam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não haveria outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 809. Brasília, 23 a 27 de novembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>.

Acesso em: 25 jan. 2019.

²⁵³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodvum, 2015, p. 161.

²⁵⁴ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

preventivamente, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável. Da interpretação adotada pela Corte, é possível extrair que a legislação infraconstitucional serviu de fundamento para relativizar uma garantia constitucional, especialmente com base na excepcionalidade, a qual requereu, no caso, igualmente, uma forma excepcional de interpretar os princípios e regras do sistema constitucional. Calcada em uma “interpretação republicana”, de que ninguém está acima da Constituição, houve equívoco sobre a técnica processual adotada bem como divergência sobre o tipo de prisão que se decretou – ou quis decretar, seja porque se admitiu a situação de flagrância e inafiançabilidade, mas o comando da decisão respeitou os ditames da prisão preventiva, seja porque ao violar disposição expressa da Constituição, que proíbe prisão preventiva de Parlamentar, adotou-se o fundamento da excepcionalidade e anormalidade institucional.

Nesse contexto, cabe ressaltar outra exceção entendida pelo STF na interpretação da norma de incoercibilidade pessoal, embora não explicita na CF/88, que contempla a hipótese de prisão no caso de sentença penal condenatória transitada em julgado. Como exemplo, a decisão do STF de 26.06.2013, na AP nº 396 (caso Natan Donadon).

3.3 O CASO NATAN DONADON – AÇÃO PENAL Nº 396/RO

A Ação Penal nº 396/RO, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia, trata do caso do ex-deputado federal Natan Donadon (PMDB/RO). O estudo do caso será realizado em dois momentos. Primeiramente, analisar-se-á o processo em relação à decisão de condenação do parlamentar, ocorrida em 28/10/2010. Adiante, a análise residirá na decisão de 26/06/2013 que decretou a prisão do parlamentar na Questão de Ordem na AP nº 396/RO e o consequente processo de cassação do mandato.

Em 24/06/1999 o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Rondônia ofereceu denúncia contra sete pessoas, entre elas Natan Donadon, deputado estadual à época, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 288²⁵⁵ e 312²⁵⁶ c/c 29²⁵⁷ e 69²⁵⁸, todos do Código

²⁵⁵ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

²⁵⁶ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Penal (formação de quadrilha e peculato com concurso material e de pessoas).

Em 13/09/1999, a Desembargadora Zelite Andrade Carneiro, do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, oficiou a Assembleia Legislativa de Rondônia para que concedesse a prévia licença para que o réu Marcos Donadon, deputado estadual, fosse processado. Em razão da ausência de deliberação na Casa, foi determinado o desmembramento dos autos, baixando o principal para o juízo competente e o suplementar, relativo apenas ao denunciado Marcos Donadon, sobrestado no TJRO.

Notificados para apresentar defesa prévia, Natan Donadon sustentou a incompetência do juízo para julgar e processar o feito, oportunidade em que o Ministério Público do Estado se pronunciou no sentido de remeter os autos ao TJRO. Assim, em 27/06/2002, em razão da superveniência da EC 35/2001, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO determinou a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, restabelecendo a necessidade da unidade processual. Em 04/11/2002, a denúncia foi, então, recebida pelo TJRO, com fundamento na EC/2001 que estabeleceu a inexistência da autorização prévia da Assembleia para processar e julgar parlamentares.

Contudo, em 12/06/2003, a Assembleia Legislativa de Rondônia deliberou sobre o caso e resolveu pela sustação do andamento da ação penal movida contra Marcos Donadon, momento em que os autos foram novamente desmembrados e encaminhados ao juízo de primeira instância para processamento quanto aos demais réus, exceto Marcos Donadon. Os réus foram intimados para apresentar defesa prévia e, em razão do não comparecimento, foi decretada a prisão preventiva do denunciado Natan Donadon. Ocorre que no pleito de 2004, Natan Donadon foi eleito deputado federal. Assim, em 28/02/2005, a prisão preventiva do réu fora revogada e os autos foram desmembrados e remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

A Ministra Ellen Gracie, então relatora, manteve o desmembramento dos autos, determinando que os autos fossem processados pelo STF apenas em relação a Natan Donadon, agora deputado federal, julgando válidos os atos praticados anteriormente à

²⁵⁷ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

²⁵⁸ Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

diplomação e à posse do parlamentar²⁵⁹. Entretanto, em 28/10/2010, diante da renúncia ao cargo de deputado federal por Natan Donadon, publicada no Diário da Câmara dos Deputados, a Ministra Carmén Lúcia, em Questão de Ordem, questionou a persistência da competência do STF para prosseguir no julgamento da ação penal, considerando que o prazo prescricional teria seu termo no dia 04/11/2010²⁶⁰.

O caso de Natan Donadon tem implicações de dois âmbitos dentro das regras constitucionais atinentes aos parlamentares, quais sejam, a imunidade formal processual (primeiro momento do estudo) e a imunidade formal prisional (segundo momento do estudo). Conforme registrado, a imunidade prisional está prevista no art. 53, § 2º, da CF, e corresponde à impossibilidade de prisão de parlamentar, desde a expedição do diploma, a menos que a prisão seja em flagrante de crime inafiançável. A imunidade processual, por sua vez, encontra respaldo no art. 53, § 3º a 5º, da CF. Dada a modificação pela Emenda Constitucional nº 35/2001²⁶¹, “atualmente, se traduz na mera possibilidade de sustação de ação penal contra deputado ou senador por crimes praticados pelos mesmos após a diplomação”²⁶².

Nestes termos, só ocorrerá a imunidade formal em relação ao processo para crimes praticados após a diplomação. Segundo pontua Bernardo Gonçalves, “é na diplomação que se forma o vínculo jurídico entre representantes e representados; eleitores e eleitos. Indica que houve uma eleição válida e que aquele indivíduo alcançou votos suficientes para ter direito ao mandato”²⁶³. É de se registrar, destarte,

²⁵⁹ Com fundamento no princípio *tempus regit actum*, que estabelece que os atos jurídicos praticados são regidos pela lei do tempo em que ocorreram.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 396/RO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 28 de outubro de 2010, pp. 1-13.

²⁶¹ Anteriormente, o STF necessitava da autorização da Casa a que o parlamentar investigado pertencia para receber a denúncia ou a queixa-crime e iniciar a ação penal. A partir de dezembro/2001, o STF não mais precisa pedir autorização para a Casa para iniciar ação penal, estando autorizado, assim a receber a denúncia ou queixa-crime e iniciar a ação penal. BRASIL. Emenda Constitucional nº 35 de 20 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019.

²⁶² FERNANDES, op. cit., p. 999.

²⁶³ *Ibidem*, p. 1002.

que se o congressista praticou crime em momento anterior à diplomação ele não será abarcado pela imunidade formal em relação ao processo. Neste caso, antes do julgamento da AP nº 937, a competência era deslocada para o STF (nos termos do art. 53 §1º e art. 102, 1, “b”, da CR/88). Contudo, após o julgado citado, o STF mudou o entendimento da matéria, conforme se verá em estudo de caso posteriormente.

O rito previsto pela Constituição impõe que, após a finalização da fase de investigação contra um deputado ou senador, “o Relator abrirá vista no caso de uma ação penal pública ao Procurador-Geral da República, que terá 05 (cinco) dias, estando o deputado ou senador preso, ou 15 (quinze) dias, estando o deputado ou senador solto, para oferecer a denúncia”²⁶⁴. No caso de ação penal privada, o Relator deverá aguardar que o ofendido ou quem de direito pelo mesmo ofereça a queixa-crime. Conforme EC 35/2001, o STF poderá receber a denúncia ou a queixa-crime sem a necessidade de autorização da respectiva Casa. Recebida a denúncia ou a queixa-crime, o STF comunicará à Casa respectiva que está iniciando a ação penal. Nessa esteira, um partido político da respectiva Casa deverá provocar a Mesa da Casa para que haja a apreciação sobre a sustação da ação penal que está tramitando no STF (art. 53, § 3º, da CF). A partir disso, a Mesa da Casa terá 45 (quarenta e cinco) dias, improrrogáveis, para colocar o pedido de sustação em votação, que será aberta e nominal, respeitando o quórum de maioria absoluta (art. 53, § 4º, da CF). Uma vez suspensa a ação penal, suspende-se, também, a prescrição (art. 53, § 5º, da CF). Ademais, os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, entendimento do art. 53 § 1º da CR/88. Além do que, nos termos do art. 102, 1, b, da CR/88, compete ao STF processar e julgar originariamente os membros do Congresso Nacional nas infrações penais comuns. É o que se denomina de foro por prerrogativa de função.

Em 28/10/2010, o Plenário do STF apreciou a matéria, quando a então Relatora Ministra Carmén Lúcia proferiu seu voto. A divergência na Questão de Ordem tratou de decidir se a renúncia do réu a mandato parlamentar, nas vésperas do julgamento da ação penal, cassa a competência do STF para prosseguir no processamento penal em curso e no momento da sessão final de julgamento. Ao iniciar seu voto, a Relatora menciona um precedente do STF em que ficou vencida, o caso Cunha Lima, que tratava da alteração de competência da Corte ante a renúncia de parlamentar. No julgamento deste caso, “prevaleceu a

²⁶⁴ FERNANDES, op. cit., p. 1000.

inteligência de que não seria possível o julgamento de parlamentar que não mais detivesse a titularidade de mandato na data designada para o julgamento em Plenário”²⁶⁵.

Importante destacar as discussões acerca do tema no caso acima sinalizado. O ex-deputado federal e ex-governador da Paraíba Ronaldo Cunha Lima (PSDB-PB) foi denunciado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, IV, c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal) em virtude de, em 05 de novembro de 1993, ter disparado dois tiros contra Tarcísio Burity (PMDB), governador da Paraíba à época, enquanto este almoçava em um restaurante, em João Pessoa, acertando-o de surpresa, sem oferecer possibilidade de resistência. Em dezembro de 2007, 5 dias antes do julgamento, Cunha Lima renunciou ao cargo de deputado, sendo que seus advogados requereram o deslocamento do processo para o Tribunal do Júri, sob o argumento de que o povo que o elegera era o que seria competente para julgá-lo, qual seja, o povo da Paraíba.

Em 05/12/2007, o Tribunal Pleno do STF apreciou o caso, frisando que o réu, em razão de ser detentor de mandato de deputado federal, detém a prerrogativa do foro especial na Corte, jurisdição onde deve ser julgado pelo crime a ele imputado. Ademais, em razão do critério de especialidade, o art. 5º, XXXVIII, da CF, cede ao art. 102, I, b, da CF, dispositivo definidor de competência do Supremo Tribunal Federal. Assim, considerando que os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelos crimes comuns, incide, no caso, a competência do STF para processar e julgar o parlamentar por força do art. 102, I, b, da CF²⁶⁶. Por fim, consignou-se, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que a renúncia do réu produziu plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 396/RO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 28 de outubro de 2010, p. 17.

²⁶⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau, ante a ausência de abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato²⁶⁷.

Em Questão de Ordem proposta pelo Relator, relativa a possibilidade ou não da Corte analisar o mérito da ação penal, o Ministro Joaquim Barbosa, pautado pela renúncia do réu em momento posterior à publicação da pauta da Corte, em que anunciava o julgamento da ação penal a que o parlamentar respondia, consignou que a ordem constitucional brasileira não poderia acolher tal conduta, “que constitui flagrante abuso de direito/prerrogativa, dado o evidente desvio de finalidade do ato de renúncia”²⁶⁸. Destaca que, embora a renúncia seja de aceitação obrigatória, “considero que a Carta Magna autoriza atribuir-lhe, para os efeitos da modificação da competência pretendida pelo réu, condição suspensiva, até o final do julgamento deste pleito”, sendo que, no entendimento do Ministro, a Corte também teria competência para deliberar pela perda do mandato do réu, caso acolhida a acusação. Isso porque, o réu teve a “finalidade ilegítima de impedir o exercício de competência desta Corte e a própria prestação jurisdicional”, o que retira qualquer eficácia que a renúncia possa ter para o fim de julgamento de mérito da ação penal, não podendo atingir “os fins escusos que pretende alcançar”²⁶⁹.

Os ministros Carlos Britto, Carmen Lucia e Cezar Peluso adotaram a tese do Ministro Joaquim Barbosa. Porém, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, após desempate de votos, consolidaram o entendimento (finalizando 7x4) de que deputado tem direito de renunciar e, no caso, não se vislumbrou abuso de direito. Assim, ante o cancelamento da Súmula nº 394, declinou-se da competência ao juízo criminal da Comarca de João Pessoa/PB. A

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 333/PB. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ronaldo José da Cunha Lima. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 5 de dezembro de 2007, p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 333/PB. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ronaldo José da Cunha Lima. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 5 de dezembro de 2007, p. 25. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Súmula nº 394 enunciava: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”²⁷⁰.

Com base nesse precedente, a Ministra Carmém Lucia continuou a fundamentação de seu voto no caso Natan Donadon reforçando que tanto os argumentos jurídicos trazidos pelo réu para fundamentar a declinação da competência do STF, quanto os respeitáveis votos proferidos nesse sentido, não alteram a competência-dever da Relatora de analisar e decidir livremente e segundo o seu convencimento. Com efeito, salienta que, no caso em pauta, o abandono do mandato pode se dar na espécie, mas ele não pode subtrair-se ao julgamento, pois este ato configura uma fraude inaceitável, frustrando regras constitucionais não apenas de competência, mas também do dever do Estado de julgar. Assim, os efeitos da renúncia somente se entendem com o que seja legítimo no ordenamento²⁷¹.

Considerando que o exame dos fins e motivos levam à conclusão quanto aos efeitos daquela renúncia do réu ao cargo de Deputado Federal, ocorrida na véspera da sessão de julgamento, a Relatora consigna que o que se tornam manifestos são os atos de “insubmissão ao julgamento do réu por este Supremo Tribunal”²⁷². Acompanhada pelos Ministros Dias Tóffoli, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, com divergência de Marco Aurélio, a Corte condenou o réu, em 28/10/2010, à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão e ao pagamento de 66 dias multa no valor do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente. Portanto, as teses de fraude processual, abuso de direito e tentativa de “burla” à Constituição, que foram vencidas no caso Cunha Lima, se tornaram vencedoras neste caso concreto.

A primeira implicação do caso de Natan Donadon trata da hipótese de *perpetuatio jurisdictionis*, isto é, da possibilidade da

²⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 396/RO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 28 de outubro de 2010, p. 20.

²⁷² *Ibidem*, p. 21.

estabilização da competência do STF para processar e julgar parlamentar, por crime cometido no *iter* do mandato, mesmo após o fim deste. O caso de Natan Donadon e de Cunha Lima são análogos: ambos foram eleitos, diplomados e, no exercício do mandato, responderam a processo penal pela prática de crime comum, sendo ambos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Em momento imediatamente anterior ao julgamento da ação penal, ambos renunciaram ao cargo de deputado e, ante tal ato, sustentaram o deslocamento da competência para o juízo de primeiro grau. A diferença alegada pelos Ministros no julgamento de Donadon é de que a prescrição atingiria seu termo caso a competência fosse deslocada e a renúncia reconhecida, o que implicaria na “frustração completa da jurisdição criminal, da Justiça criminal”²⁷³.

No caso de Cunha Lima, não se reconheceu a fraude processual e o abuso de direito; frisou-se, mesmo com divergências impetuosas do Ministro Joaquim Barbosa, que é prerrogativa do parlamentar renunciar ao cargo e que, portanto, a competência deveria ser declinada do STF. Já no caso de Natan Donadon, a Relatora vencida no caso de Cunha Lima, Ministra Carmén Lúcia, propôs questão de ordem para revisitar a interpretação da norma constitucional. Nessa ocasião, vários Ministros mudaram seus posicionamentos, alegando, por exemplo, que não se pode admitir esse tipo de manipulação de instâncias para obter efeitos de prescrição²⁷⁴, que a Corte precisa por fim, de um modo absoluto, a tentativas de subtrair à Corte a sua competência constitucional²⁷⁵. Assim, mudou-se o entendimento firmado anteriormente, e o processo foi mantido na Corte sob argumento de abuso de direito e fraude processual.

O segundo momento do estudo do presente caso trata da decretação de prisão (Questão de Ordem na Ação Penal nº 396/RO) e do processo de cassação do mandato do parlamentar. Exarada a sentença de condenação, Natan Donadon aguardou o julgamento dos recursos em liberdade. Após a apreciação de dois recursos de embargos de declaração²⁷⁶, em 26/06/2013, teve sua prisão decretada; em

²⁷³ Voto do Ministro Gilmar Mendes. *Ibidem*, p. 85.

²⁷⁴ Voto da Ministra Ellen Gracie. *Ibidem*, p. 87.

²⁷⁵ Voto do Ministro Cezar Peluso. *Ibidem*, p. 90.

²⁷⁶ Em 13/12/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade e nos termos dos votos da Relatora e do Ministro Dias Toffoli (Revisor), rejeitou o primeiro recurso de embargos de declaração interposto pela defesa do parlamentar. Naquela ocasião, a relatora destacou que o recurso apresentado não pretendia esclarecer pontos obscuros do processo, “mas sim

28/06/2013, tornou-se o primeiro deputado em exercício, desde a promulgação da Constituição de 1988, a ser preso por ordem do Supremo Tribunal Federal.

A Questão de Ordem foi apresentada pela Relatora, Ministra Cármen Lúcia, no bojo da AP nº 396/RO. A Ministra destacou o entendimento firmado no julgamento da Ação Penal nº 470, em que se definiu que “condenado criminalmente um réu de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a perda de mandato, notadamente quando condenado pela prática de crime contra a administração pública”²⁷⁷. Registrou que “a cassação dos direitos políticos imposta ao Réu condenado por crime contra a Administração Pública basta para se determinar a suspensão ou a perda”²⁷⁸. Portanto, “determinada a suspensão dos direitos políticos, tanto a suspensão quanto a perda do cargo são medidas decorrentes e exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal”²⁷⁹. O fundamento, aqui, foi a inteligência dos artigos 55, §3º, 15, III, e 37, § 4º, todos da CF²⁸⁰.

refazer o julgamento, fazendo prevalecer as razões do deputado”. Já em relação aos segundos embargos de declaração, a ministra Cármen Lúcia decidiu não os conhecer (não apreciar o mérito), por entender que tal recurso não pretendia esclarecer qualquer ponto obscuro, omissis, ambíguo ou contraditório, que é exatamente a função dos embargos declaratórios. “O que se pretende é exclusivamente rediscutir a matéria, ou, melhor dizendo, o rejuízo do caso, com a modificação do conteúdo do julgado”, afirmou. STF encerra processo e determina prisão do deputado Natan Donadon. **Notícias STF**. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242230>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 396/RO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 de junho de 2013, p. 14 do inteiro teor de acórdão.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 14.

²⁸⁰ Seu voto foi acompanhado pelos demais ministros com exceção do ministro Marco Aurélio, que reiterou seu posicionamento em relação a incompetência do STF para analisar o caso em função da renúncia do mandato parlamentar na ocasião do julgamento em 2010. Já o ministro Teori Zavascki destacou que “o fato superveniente suscitado nesses segundos embargos de declaração não altera nem a condenação imposta ao embargante, nem inibe a execução da pena imposta de modo definitivo pelo Supremo Tribunal Federal”. Porém, o ministro Teori fez uma ressalva e destacou que, em seu ponto de vista, “a manutenção ou

Com o mandado de prisão expedido pela corte, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados abriu o processo para cassação de mandato do deputado em 26/06/2013²⁸¹. Em 29/08/2013, o Plenário rejeitou, em votação secreta, a cassação de Natan Donadon. Foram 233 votos a favor da cassação, 131 pela absolvição e 41 se abstiveram, num total de 405 deputados. Eram necessários, no mínimo, 257 votos para a aprovação do parecer.

Em 02/09/2013, o deputado federal Carlos Henrique Focesi Sampaio impetrou mandado de segurança, com requerimento de concessão de liminar, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que submeteu ao Plenário da Casa deliberação sobre a perda ou não do mandato do deputado federal Natan Donadon. Sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, a Corte concedeu a liminar no MS 32326 MC/DF e suspendeu a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013. Nessa oportunidade, o Relator asseverou que, embora a Constituição determine, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado, “esta regra geral não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar”²⁸². Em tal situação, “a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício”²⁸³. Nestes termos, quando se tratar de Deputado “cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a

não do mandato, nesses casos de condenação definitiva, é uma questão que tem que ser resolvida pelo Congresso”, disse ele. STF encerra processo e determina prisão do deputado Natan Donadon. **Notícias STF**. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242230>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁸¹ MESA Diretora abre processo para perda de mandato de Natan Donadon. **Câmara Notícias**. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446157-MESA-DIRETORA-ABRE-PROCESSO-PARA-PERDA-DE-MANDATO-DE-NATAN-DONADON.html>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2 set. 2013, p. 1.

²⁸³ *Ibidem*, p. 1.

conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória”²⁸⁴.

Não se aplicou, deste modo, o entendimento o art. 55, VI e § 2º, da CF, prevalecendo, como exceção à regra, a interpretação do Código Penal Brasileiro e da Lei de Execuções Penais²⁸⁵, na medida em que “o preso em regime fechado tem restrições severas ao trabalho externo, além de não poder prestá-lo antes do cumprimento do sexto inicial da pena”²⁸⁶.

A partir das normas da Constituição, é possível registrar as seguintes considerações:

a) De acordo com a dicção do art. 55 e seus incisos, em todos os casos deverá ocorrer apreciação da Casa a que o parlamentar pertence sobre a perda do mandato; de modo que, em alguns casos, a perda deve ser **declarada** pela Mesa da Casa, e, em outros, deve ser **decidida**;

b) Quando o parlamentar infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo 54 (art. 55, I, CF), proceder de forma que seja declarado incompatível com o decoro parlamentar (art. 55, II, CF) e sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (art. 55, VI, CF), a Mesa da Casa **decide** sobre a perda de seu mandato;

c) Quando o parlamentar deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada (art. 55, III, CF), perder ou

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁸⁵ O Código Penal brasileiro prevê e disciplina três modalidades de penas (art. 32): (i) privativas de liberdade (reclusão ou detenção); (ii) restritiva de direitos e (iii) multa. A pena privativa de liberdade, na modalidade reclusão, deve ser cumprida em um de três regimes: fechado, semiaberto e aberto (art. 33 e § 2º). O condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado. O condenado a pena igual ou inferior a 8 (oito) anos, se não for reincidente, pode cumpri-la desde o início em regime semiaberto. Já o condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, desde que não reincidente, pode cumpri-la desde o começo em regime aberto. Tudo isso nos termos do art. 33 e § 2º do Código Penal. Por fim, à luz da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11.07.84), a pena privativa de liberdade é executada de forma progressiva: após cumprir 1/6 (um sexto) da pena, o preso de bom comportamento passa para o regime seguinte (art. 112). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2 set. 2013, p. 14.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 14.

tiver suspensos os direitos políticos (art. 55, IV, CF), e quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição (art. 55, V, CF), a Mesa da Casa **declara** a perda do mandato;

d) Uma das hipóteses da perda de mandato repousa na perda ou suspensão de direitos políticos; pela dicção do art. 15 da Constituição Federal, a cassação dos direitos políticos se dará, entre outras condições, pela condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (inciso III), e por improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da CF²⁸⁷ (IV).

Observa-se que a perda de direitos políticos, que é hipótese de perda de mandato, abrange duas situações que incidem no caso: a condenação criminal em sentença transitada em julgado e a improbidade administrativa. Todavia, no âmbito do Estatuto dos Congressistas, as situações recebem tratamento diferenciado. Para que a sentença criminal transitada em julgado seja causa da perda do mandato, ela precisa ser objeto de **decisão** da Mesa da Casa; já a improbidade administrativa é hipótese em que a Mesa da Casa deve **declarar** a perda do mandato. Verifica-se, pois, que o legislador ordinário, no tocante às garantias parlamentares, deu tratamento específico à sentença criminal transitada em julgado, de modo que, pela leitura do texto constitucional, a responsabilização criminal de parlamentar tem um julgamento final político, dado que é competência da Casa decidir sobre a perda do mandato; enquanto que a responsabilização administrativa tem um julgamento final jurídico, dado que a Casa apenas declara a perda do mandato, decisão já exarada pelo Tribunal.

No caso, o mandato do Deputado Natan Donadon terminaria em 31.01.2015, isto é, cerca de 17 (dezesete) meses após a deliberação da Câmara, que se deu em 28.08.2013. Porém, 1/6 da sua pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias corresponde a pouco mais de 26 meses. Considerando que a Lei de Execuções Penais (art. 36 e 37) restringe, no tocante ao preso em regime fechado, não apenas o trabalho externo como exige o cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, o prazo de cumprimento de pena em regime fechado ultrapassa o período restante do seu mandato. A raciocínio operado na decisão do Ministro Luís

²⁸⁷ Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Roberto Barroso é de que o parlamentar não poderia, por força do que determina a legislação infraconstitucional, comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada. Logo, por força do art. 55, III, da CF, o parlamentar deveria ter o mandato cassado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dado que a hipótese enseja apenas a **declaração** da perda do mandato pela Câmara dos Deputados.

É de se registrar, primeiramente, que a decisão da Ministra Carmén Lúcia, no bojo da Questão de Ordem na AP nº 396/RO, dá preponderância ao critério derivante de cassação dos direitos políticos, de modo que o fato de o réu ser condenado por crime contra a Administração Pública é motivo suficiente para ensejar a suspensão ou perda do mandato parlamentar – o que, no caso, aconteceria por força da decisão do Supremo Tribunal Federal e não do Poder Legislativo, dada e exigência constitucional de somete declaração da Mesa da Casa nessa hipótese. Ocorre que o próprio Ministro Luís Roberto Barroso, na decisão que suspendeu os efeitos da sessão do Plenário da Câmara que manteve o mandato de Natan Donadon, esvaziou tal interpretação. Sublinhou-se que é indubitável que, em se tratando de condenação criminal “o constituinte foi explícito quanto a caber a ‘decisão’ – não a ‘declaração’ – ao Congresso, ao contrário do que ocorre na suspensão dos direitos políticos motivada por improbidade”²⁸⁸.

Utilizando-se do mesmo raciocínio do Ministro Luís Roberto Barroso para afastar a incidência preponderante da suspensão de direitos políticos para resolução do caso é que se pode inferir que a interpretação veiculada por ele na medida cautelar em MS 32.326/DF foi distorcida. Ora, a suspensão ou perda dos direitos políticos é fato consequente da condenação criminal de parlamentar, de modo que esta é o “fato gerador” a que o legislador conferiu tratamento diferenciado. Ao lado dessa hipótese encontra-se a exigência de comparecimento do congressista, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer. Isto é, ambas são decorrências fático-jurídicas da condenação criminal e recebem igual peso no Estatuto dos Congressistas, qual seja, de que nessas hipóteses a Mesa da Casa deve apenas declarar a perda do mandato. Se por determinação expressa da Constituição Federal, em se tratando de Deputado e

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2 set. 2013, p. 11.

Senador, a perda ou suspensão dos direitos políticos por força de condenação criminal transitada em julgado estará sujeita à decisão do Plenário da Casa, é assente que a ausência do parlamentar nas sessões legislativas – motivada pela impossibilidade lógica de comparecimento em razão da constrição penal – está igualmente sujeita à decisão do Poder Legislativo, pois o fundamento continua sendo a condenação criminal transitada em julgado.

Importante destacar que os fundamentos utilizados para flexibilizar essa garantia parlamentar residiram em normas infraconstitucionais, quais sejam, o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais. Se não há lacuna ou antinomia na aplicação da Constituição neste caso e a interpretação utilizada para fazer incidir hipótese que recebeu igual tratamento pelo legislador – porém no objetivo de alcançar situação oposta – foi calcada em normas infraconstitucionais, então houve clara subversão da hierarquia das normas da Constituição. Segundo entendimento do STF, há uma espécie de exceção da imunidade prisional (embora não explícita na CF/88) em que o parlamentar poderia ser preso e ela corresponde ao caso de sentença penal condenatória transitada em julgado²⁸⁹.

Por fim, cabe relembrar o julgamento do HC 89.417 (Operação Dominó da Polícia Federal), em 2006, outro caso em que o STF flexibilizou a garantia parlamentar inculpada no art. 53, § 2º, da CF. No caso, a Corte afirmou que os deputados estaduais de Rondônia não poderiam deliberar sobre a manutenção ou não do Presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia na prisão. A justificativa de anomalia institucional, situação excepcional e aplicação da Constituição contra ela mesma, foram os fundamentos utilizados para obstar a votação para saída ou não do Presidente da Assembleia da prisão, uma vez que 23 dos 24 deputados estavam arrolados em inquéritos ou ações penais e vários deles integravam a mesma organização pretensamente criminosa do réu²⁹⁰.

²⁸⁹ O STF prolatou decisão no mesmo sentido, na AP nº 565, em 08/08/2013, condenando o Senador Ivo Cassol (PP/RO) pelo crime de fraude a licitações ocorridas quando foi prefeito da cidade de Rolim de Moura (RO), entre 1998 e 2002 (art. 90 da Lei 8666/93).

²⁹⁰ A relatora, Ministra Carmén Lúcia, assim registrou: [...] os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma

3.4 O CASO EDUARDO CUNHA – AÇÃO CAUTELAR Nº 4070/DF

Trata-se de requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República no âmbito de inquéritos já instaurados (Inq 3.983 e Inq 4.146), de afastamento de Eduardo Cosentino Cunha (PMDB/RJ) do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados até a conclusão dos inquéritos. No caso, o Ministério Público descreveu diversos fatos supostamente criminosos e praticados com desvio de finalidade, os quais sofreriam a atuação direta de Eduardo Cunha, que estaria utilizando o cargo de Deputado Federal e a função de Presidente da Câmara dos Deputados “para fins ilícitos e, em especial, para obtenção de vantagens indevidas”²⁹¹. O requerimento destacou que Eduardo Cunha atuava como *longa manus* dos empresários, interessados em fazer legislações que os beneficiassem, em claro detrimento do interesse público. Assim, assentou que o parlamentar deveria ser afastado do cargo para “impedir a reiteração criminosa, garantindo-se a ordem pública, uma vez que vem se utilizando há bastante tempo de referido cargo para práticas ilícitas”²⁹². O argumento foi o de que, se a atuação ilícita ocorria enquanto o réu não era Presidente da Câmara, o fato de agora o ser e, conseqüentemente, ser responsável por estabelecer a pauta da Casa, lhe confere “muito maiores poderes para atender aos

constitucional que cuida da garantia parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios constitucionais determinam a interpretação e aplicação correta da norma, sempre se considerando os fins a que se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 89.417/RO. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente: José Carlos de Oliveira. Coatora: Relatora da Representação nº 349/RO do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 22 de agosto de 2006, pp. 879-880.

²⁹¹ Os fatos descritos pelo Procurador-Geral da República constam entre as páginas 2 e 5 do voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Cosentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016.

²⁹² *Ibidem*, pp. 5-6.

interesses espúrios dos empresários, (...) e, ainda, interferir na escolha de diversos cargos estratégicos para tais votações”²⁹³.

Quanto à obstrução de funcionamento do Conselho de Ética e Decoro da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral sustentou que esses fatos não dizem respeito diretamente ao processo em trâmite na Câmara dos Deputados, contudo, repercutem nas investigações em curso perante o Supremo Tribunal Federal, “na medida em que os esforços investigativos operados tanto pelo Conselho de Ética quanto pelo Ministério Público Federal devem se somar para desvendar a verdade em torno dos fatos, que, como já dito, são idênticos”²⁹⁴. Assim, “essa ordem de fatos atenta contra a ordem pública e contra a liberdade e independência do Poder Judiciário, o que justifica o provimento cautelar ora requerido”²⁹⁵. Destarte, com esteio no art. 319, VI, do Código de Processo Penal²⁹⁶, que prevê um rol de medidas cautelares diversas da prisão, sendo que uma delas é o afastamento da pessoa investigada ou acusada do cargo, emprego ou função pública que ocupa, o pedido manifestado pelo Procurador-Geral da República teve a natureza jurídica de um pedido de aplicação de medida cautelar.

Trata-se, no caso, da norma constitucional de imunidade formal em relação à prisão, disposta no art. 53, § 2º, da CF. Apenas à título de lembrança, a imunidade em relação à prisão traduz-se na possibilidade, desde a diplomação, de o parlamentar não ser ou não permanecer preso.

Diante da “situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada”²⁹⁷ do caso em tela, o STF decidiu, em 05/05/2016, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, pelo deferimento da medida cautelar requerida, determinando a suspensão de Eduardo Cosentino da Cunha do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. Nessa oportunidade, o Relator enfatizou que a decretação da medida preventiva serviria a dois interesses públicos indivisíveis: a preservação

²⁹³ *Ibidem*, p. 6.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 6.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 6-7.

²⁹⁶ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Cosentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, p. 72.

da utilidade do processo e a preservação da finalidade pública do cargo²⁹⁸. De acordo com o Relator, ainda que seja incontroverso que as garantias constitucionais dos §§ 1º e 2º do art. 55 da Constituição da República²⁹⁹ não possam ser relativizadas, nem mesmo nas hipóteses em que a penalidade venha a decorrer de condenação penal transitada em julgado, o preceito do art. 55, § 1º, da Constituição está longe de sugerir a impermeabilidade das condições de exercício do mandato parlamentar de qualquer controle jurisdicional³⁰⁰.

Nestes termos, sustentou que “a legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados encontra abrigo farto, mas não isolado, no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República)”³⁰¹,

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 13. Vide Informativo 824, STF: O Colegiado reputou que de forma minuciosa o Ministério Público Federal descrevera diversos fatos supostamente criminosos e praticados com desvio de finalidade, sob a atuação direta do referido parlamentar que estaria a utilizar o cargo de deputado federal e a função de Presidente da Câmara dos Deputados para fins ilícitos e, em especial, para obtenção de vantagens indevidas. Apontou que a reforma positivada pela Lei 12.403/2011 no CPP trouxe alterações quanto à decretação de medidas de cautela, entre as quais o estabelecimento da preferencialidade do uso de meios alternativos à prisão preventiva. É o que dispõe o art. 282, § 6º da referida norma [“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: ... § 6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”]. Entretanto, o cabimento da medida suspensiva reclama inevitável leitura a respeito da existência de riscos que possam transcender a própria instância processual penal, sobretudo quando se tratar do exercício de funções públicas relevantes. Nestes casos, a decretação da medida servirá a dois interesses públicos indivisíveis: a) a preservação da utilidade do processo (pela neutralização de uma posição de poder que possa tornar o trabalho de persecução mais acidentado); e b) a preservação da finalidade pública do cargo (pela eliminação da possibilidade de captura de suas competências em favor de conveniências particulares sob suspeita).

²⁹⁹ Os dispositivos outorgam às Casas Legislativas do Congresso Nacional – ora por deliberação de seus Plenários, ora por deliberação de suas Mesas Diretoras – a competência para decidir a respeito da perda do mandato político nos casos em que venha a se configurar qualquer das infrações previstas nos incisos I a VI do mesmo art. 55.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Consentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, p. 16.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 21.

reforçando que a adoção desse tipo de medida encontra guarida em “preceitos éticos da maior relevância, e que estão na base do próprio sistema de representação popular que confere movimento ao estado de direito”³⁰². Tomando como base a separação de poderes, sublinhou a importância da “equiprimordialidade entre os diferentes poderes constituídos, a partir da consideração dos espaços de fiscalização recíproca entre eles, noção que está à base mesmo da elementar noção de freios e contrapesos”³⁰³. Defende, por fim, que não se deve prevalecer uma interpretação que exclua do sistema a possibilidade de suspensão cautelar de parlamentar de suas funções públicas, uma vez que esse tipo de tratamento seria “injustificadamente diferenciado entre os altos agentes políticos vinculados aos diversos poderes”³⁰⁴.

Acerca da postulação do Ministério Público de suspensão do congressista também do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, o Relator se pronunciou argumentando a viabilidade da medida, pois “o mandato obtido para a direção superior daquela Casa Parlamentar em determinado biênio não pode servir de anteparo para a frustração da jurisdição penal”³⁰⁵. Assim, a ascensão política de Eduardo Cunha à posição de Presidente da Câmara tanto não o imuniza de eventuais medidas penais de caráter cautelar quanto merece escrutínio mais aprofundado, registrando, portanto, a legitimidade e cabimento da medida.

Ressaltando que a situação é excepcional e que existe risco concreto de prejuízo às medidas judiciais, o Ministro Teori Zavascki também pondera que há diversos outros deputados federais investigados por atos de corrupção. Ademais, há o risco, ante o processo instaurado de *impeachment*³⁰⁶ pelo Senado Federal contra a então Presidente da República, Dilma Roussef, de Eduardo Cunha, enquanto Presidente da Câmara, assumir o cargo de Chefe do Poder Executivo³⁰⁷. E, diante das

³⁰² *Ibidem*, p. 21.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Consentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, pp. 24-25.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 25.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 26.

³⁰⁶ Instauração, pelo Senado Federal, de processo de *impeachment* contra a Presidente da República.

³⁰⁷ O art. 80, da CF, enuncia que nas hipóteses de impedimento ou vacância do Presidente da República e do Vice-Presidente, compete ao Presidente da Câmara dos Deputados o encargo de assumir a Presidência da República. *In*

imposições constitucionais para ocupação temporária do cargo³⁰⁸, o congressista não teria as “mínimas condições para exercer, neste momento, na sua plenitude, as responsabilidades do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, pois ele não se qualifica para o encargo de substituição da Presidência da República”³⁰⁹.

No caso, presente no Informativo 824 do STF, o STF decidiu que o inciso VI do an. 319 do CPP pode ser utilizado como fundamento para se afastar do cargo Deputados Federais e Senadores³¹⁰. O Colegiado considerou que os episódios narrados configurariam caso típico de abuso de poder que merece a intervenção do Judiciário, sob pena de comprometer o resultado final da investigação e, portanto, da aplicação da lei penal. Frisou-se que, ainda que o “cumprimento de qualquer diligência investigatória na Câmara dos Deputados deve ser precedido de autorização de sua Mesa Diretora, que é presidida pelo parlamentar em questão”³¹¹ e que “a perfeita interação entre os Poderes seja a situação idealizada como padrão pela Constituição, que deles exige harmonia, isso se manifesta claramente impossível quando o investigado é, como no caso, o próprio Presidente da Mesa Diretora”³¹². Conclui que “embora não seja a prévia autorização do Parlamento um pressuposto de validade do ato investigatório, porque ausente previsão constitucional que malfira a jurisdição do STF, não há dúvida de que a condição de investigado do Presidente da Câmara compromete a harmonia entre os Poderes da República”³¹³.

verbis: Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

³⁰⁸ De acordo com a Constituição Federal, é indispensável que seja ele brasileiro nato (art. 12, § 3º, II), que não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Consentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, p. 67.

³¹⁰ FERNANDES, op. cit., p. 995.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 824**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm>>.

Acesso em: 28 fev. 2019.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

Conforme art. 53, § 2º, da CR/88, a imunidade formal em relação à prisão se traduz na possibilidade dos deputados e senadores não serem presos (ou não permanecerem presos). Assim, os deputados e senadores após a diplomação não poderão ser presos, seja por prisão penal, processual penal, ou civil, com exceção da prisão em flagrante por crime inafiançável, conforme já trabalhado. Embora os fatos imputados a Eduardo Cunha sejam graves, são irrelevantes para analisar a legitimidade do pedido da Procuradoria-Geral da República.

Primeiramente, deve-se registrar a natureza jurídica do afastamento cautelar, que se reveste de medida substitutiva à prisão preventiva. Conforme consignado no art. 53, §2º, da Constituição Federal, a prisão preventiva contra Deputados e Senadores é descabida, sendo assim, não se poderia adotar medida substitutiva. Isto porque, juridicamente, o pedido de afastamento das funções públicas (artigo 319, VI, do Código de Processo Penal) seria legítimo se a prisão preventiva se aplicasse, inicialmente, à hipótese, o que não é o caso. A decisão exarada pela Corte, todavia, assume o posicionamento de que, mesmo quando a prisão preventiva é incabível³¹⁴, é legítimo aplicar medida alternativa à prisão. Portanto, considerando que o afastamento cautelar de servidor público é medida excepcional e somente será cabível na hipótese que enseje prisão preventiva, sendo o afastamento medida de substituição, o afastamento liminar do Presidente da Câmara revela-se descabido.

A decisão também aponta outro fundamento contestável: a de que Eduardo Cunha não teria condições de exercer cargo de Presidente da Câmara dos Deputados em razão das imposições constitucionais para a ocupação temporária do cargo de Presidente da República, ante o risco de o congressista ocupar a cadeira da presidência por ocasião do processo de *impeachment* de Dilma Rouseff. A interpretação enuncia uma nova regra: caso haja o recebimento de denúncia ou queixa-crime, o parlamentar não poderá assumir, em substituição, o cargo de Presidente da República, em virtude de não ostentar mais a condição

³¹⁴ O próprio Relator admite que “Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Consentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016, p. 72.

indispensável para investidura no cargo. É digno de nota que não há qualquer regra na Constituição que abarque tal interpretação; a antecipação do juízo de culpa, inclusive, é vedada pela Constituição Federal de 1988, ante a garantia constitucional da presunção de inocência – muito embora tenha o STF decidido, também, por sua relativização no controverso *Habeas Corpus* 126292³¹⁵. Ademais, é forçoso conceber uma interpretação constitucional, com base em normas processuais penais – cujos pilares se assentam eminentemente no princípio da legalidade – em hipóteses futuras, isto é, na interpretação firmada no **risco**.

Observa-se, neste caso, uma criação jurisprudencial que corresponde à figura da suspensão do mandato de parlamentar – hipótese não prevista pela Carta. Novamente, o entendimento de que as imunidades parlamentares não são absolutas nem tampouco um cheque em branco para a prática de atos ilícitos, abuso de prerrogativas e também percepção de vantagens indevidas foi a tese vencedora para sustentar a legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra Deputados e Senadores, levantando-se a incidência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CR/88.

Eduardo Cunha renunciou ao cargo de Presidente da Câmara em 07/07/2016³¹⁶. Posteriormente, em 13/10/2015, o PSOL protocolou, no

³¹⁵ Em fevereiro de 2016, um *Habeas Corpus* mudou a forma de a Justiça determinar prisões durante um processo: “Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância”. PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. **Notícias STF**. Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

³¹⁶ DEPUTADO afastado Eduardo Cunha renuncia à presidência da Câmara. **Rádio Câmara**. Brasília, 7 jul. 2016. Disponível em:

Conselho de Ética da Câmara, representação solicitando a cassação do deputado à presidência da Casa. Assim, em 12/09/2016, a Câmara dos Deputados, por 450 votos a 10, cassou o mandato de Eduardo Cunha por quebra de decoro parlamentar (art. 55, II, § 2º, CF). Além da perda de mandato, o parlamentar está sob os efeitos da Lei da Ficha Limpa e, conseqüentemente, também fica condenado à perda dos direitos políticos por oito anos, com declaração automática de inelegibilidade³¹⁷.

3.5 O CASO RENAN CALHEIROS – ADPF Nº 402/DF

Em 03/05/2016, o partido Rede Sustentabilidade ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF, com pedido de liminar, contra interpretação constitucional que autorizava Deputado Federal a exercer a função de Presidente da Câmara dos Deputados na condição de réu em ação penal admitida pela Corte (o caso de Eduardo Cunha). Em suma, o partido sinalizou que o parlamentar que ocupava, à época, o cargo de Presidente da Câmara havia denúncia recebida contra si pelo Supremo, figurando como réu em processo-crime. Em que pese tenha sido formulado o pedido de afastamento do titular da Chefia da Casa Legislativa, requereu-se, sucessivamente, a consolidação do entendimento de que, quem tenha denúncia recebida ou ratificada pelo Tribunal e seja réu em processo-crime não possa ocupar cargo que implique potencial substituição do Presidente da República, na ordem prevista no Texto Maior. Esta seria a tese maior do pleito formalizado³¹⁸.

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/512052-DEPUTADO-AFASTADO-EDUARDO-CUNHA-RENUNCIA-A-PRESIDENCIA-DA-CAMARA.html>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

³¹⁷ EDUARDO Cunha é cassado na Câmara. **Rádio Câmara**. Brasília, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/516152-EDUARDO-CUNHA-E-CASSADO-NA-CAMARA.html>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2016, p. 7 do voto.

Na mesma data em que a ADPF nº 402/DF se encontrava em pauta para exame do pleito de concessão de liminar (05/05/2016)³¹⁹, o Pleno do Tribunal referendou medida acauteladora, implementada pelo ministro Teori Zavascki, de afastamento do deputado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara e do exercício do mandato – Ação Cautelar nº 4.070 –, sendo que, após, houve a cassação do mandato do congressista por quebra de decoro parlamentar. Dessa forma, analisando o pedido de inviabilidade de réus em ações criminais em curso no Supremo ocuparem cargo revelador de substituição imediata do Chefe do Poder Executivo, o Relator, Ministro Marco Aurélio, julgou procedente o pedido formalizado na ADPF nº 402/DF para consolidar o entendimento segundo o qual “aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República”³²⁰ – já no julgamento de fundo da arguição pelo Pleno, iniciado em 3 de novembro de 2016³²¹.

Ocorre que, em 05/12/2016, o partido Rede Sustentabilidade, por meio da petição/STF nº 69.260/2016, reiterou o pedido liminar descrito no item 55, “b”, da inicial³²² ante o surgimento de fato novo, qual seja, o recebimento parcial de denúncia, em 1º de dezembro de 2016, pelo Pleno, contra o então Presidente do Senado Federal, senador Renan Calheiros (PMDB/AL), que, presente o inquérito nº 2.593, passou à condição de réu. Diante disso, o parlamentar estaria abarcado pelo impedimento noticiado na arguição, reconhecido pela maioria do Tribunal. Dessa forma, sob o ângulo da urgência, admitida quanto ao

³¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento processual**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, p. 3 do voto.

³²¹ Essa óptica foi endossada por cinco ministros, formada a maioria absoluta dos membros do Supremo, estando a conclusão do exame suspensa em virtude de pedido de vista do ministro Dias Toffoli. *Ibidem*, p. 20.

³²² “Até o julgamento definitivo desta ADPF, seja reconhecida, em caráter provisório, a impossibilidade de que pessoas que respondam ou venham a responder a ação penal instaurada pelo STF assumam ou ocupem cargos em cujas atribuições constitucionais figure a substituição do(a) Presidente da República”.

Presidente da Câmara, considerou-se que a situação jurídica contemplava também Renan Calheiros, Presidente do Senado, tendo em vista que ele era, à época, na linha de substituição, o segundo, como era antes Eduardo Cunha, uma vez que não havia o Vice-Presidente da República que outrora figurava na linha de substituição.

Sendo assim, em 07/12/2016, o Tribunal referendou, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida³²³.

Mesmo ante o desencontro de pronunciamento de voto do ministro Celso de Mello³²⁴, o Redator asseverou, no referendo da

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2016, p. 90 do inteiro teor do acórdão.

³²⁴ “Desejo esclarecer, de outro lado, Senhora Presidente, que o voto que proferi na sessão plenária de 03/11/2016 apoiou-se, fundamentalmente, no reconhecimento de que os substitutos eventuais do Presidente da República – o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal –, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte (condição que assumem uma vez recebida a denúncia ou a queixa-crime), ficarão impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, muito embora conservem a titularidade funcional dos cargos de direção de suas respectivas Casas. Esse aspecto que ora estou ressaltando foi por mim enfatizado no voto em referência e, por haver entendido que essa seria a posição do eminente Ministro Relator, destaquei, na parte dispositiva de meu voto, que acompanhava, integralmente, a manifestação de Sua Excelência. Lendo, agora, o voto escrito do eminente Relator, observo que Sua Excelência, em suas conclusões, foi além de minha compreensão a respeito da controvérsia, pois deixou assentado ‘(...) o entendimento segundo o qual

arguição em comento, a imprescindibilidade de que os Poderes da República se conservem harmônicos entre si, isto é, deve-se viabilizar, no plano da organização institucional e em obediência à compreensão do alcance e do significado do princípio da separação de poderes, “a concretização do respeito ao comando inscrito na Constituição Federal no sentido de que os Poderes da República, embora independentes, não de ser harmônicos entre si”³²⁵, de modo que se torna “imperioso reconhecer que essa é uma realidade política que se mostra essencial à compreensão mesma do nosso mecanismo de governo”³²⁶. Assim, ressaltou a harmonia entre os Poderes como um valor constitucionalmente protegido, e que deve ser permanentemente preservado e cultivado:

Nesse contexto, torna-se essencial reconhecer a soberania da Constituição e a supremacia da ordem político-jurídica nela plasmada, proclamando-lhe, sempre, a superioridade sobre todos os atos do poder público e sobre todas as instituições do Estado, a significar que parlamentares, administradores e magistrados devem-lhe incondicional e permanente reverência. Torna-se fácil concluir, pois, que o normal desempenho, pelos Poderes do Estado, das prerrogativas institucionais que lhes foram legitimamente atribuídas não implica qualquer gesto de desrespeito ou de transgressão aos postulados maiores fundados na Constituição da

aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República’. Por isso, Senhora Presidente, desejo explicitar, a partir dos próprios fundamentos que deram suporte ao voto por mim proferido na sessão plenária de 03/11/2016, que é a seguinte a parte dispositiva de meu pronunciamento: julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para consignar que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, embora conservem a titularidade funcional da chefia e direção de suas respectivas Casas.” *Ibidem*, pp. 75-76.

³²⁵ *Ibidem*, p. 76.

³²⁶ *Ibidem*, p. 77.

República. Nisso reside a essência do princípio da separação de Poderes em qualquer regime democrático sujeito ao império da lei. Um dos pontos de partida para manter-se o convívio harmonioso entre os Poderes da República situa-se no cumprimento de decisões judiciais, pois desobedecer sentenças do Poder Judiciário significa praticar gesto inequívoco de desprezo inaceitável pela integridade e pela supremacia da Lei Fundamental do nosso País.³²⁷

Essa fundamentação restou alinhada aos fatos porque, conforme se extrai da decisão, o então senador Renan Calheiros se recusou por mais de uma vez³²⁸ a receber o oficial de justiça incumbido de notificá-lo da decisão. Vale ressaltar que, conforme noticiado³²⁹, os procuradores federais travavam outro embate: o presidente do Senado era acusado, desde 2013, de desvio de verba pública e falsidade ideológica. Renan Calheiros pautou para votação medidas como uma lei que pode tirar poder de órgãos de investigação por abuso de autoridade³³⁰, bem como colocou em pauta para votação um projeto para reduzir os salários de juízes³³¹. Essas posturas foram, aparentemente, recebidas pelo Judiciário e pelos procuradores como uma arma. Foi quando em 1º de dezembro, o Supremo o transformou em réu por peculato por um processo pelo qual o senador respondia desde 2007 (acusado de receber dinheiro de uma empreiteira para pagar a

³²⁷ *Ibidem*, pp. 78-80.

³²⁸ Primeiramente em sua casa e, posteriormente, no Senado Federal.

³²⁹ COUTINHO, Filipe; FERNANDES, Talita. Retrospectiva 2016: O ano em que o Supremo exibiu os músculos. **O Globo**, 26 dez. 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/retrospectiva-2016-o-ano-em-que-o-supremo-exibiu-os-musculos.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

³³⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. Projeto de Lei 4.850 vai muito além de crimes de abuso de autoridade. **Conjur**, 4 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/segunda-leitura-projeto-lei-4850-alem-crimes-abuso-autoridade>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

³³¹ Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 62/15. SOUTO, Isabella. Juízes e desembargadores são convocados para discutir supersalários. **Em.com.br**, 29 nov. 2016. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/29/interna_politica,827984/juizes-e-desembargadores-sao-convocados-para-discutir-supersalarios.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2019.

pensão de uma filha que teve fora do casamento), oportunidade em que o ministro Marco Aurélio Mello concedeu, então, a decisão liminar ora analisada, afastando o senador da presidência do Senado e do Congresso. Esse episódio fomentou o não cumprimento da ordem judicial emanada pelo STF. De acordo com as notícias, o ministro Gilmar Mendes chegou a “sugerir o *impeachment* de seu companheiro de Tribunal. Dois dias depois, o plenário do STF apreciou o caso e deu punição mais branda a Renan. Ele ficava impedido de sentar na cadeira hoje ocupada por Michel Temer, mas continuava a comandar o Senado”³³².

Com efeito, é que o se observa na fundamentação do voto vencedor do ministro Celso de Mello. A Constituição Federal de 1988 prevê que, admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara dos Deputados (art. 51, I, CF), será ele submetido, nas infrações penais comuns, a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (art. 86, “caput”, CF). Tratando-se de infração penal comum, e sendo recebida a denúncia ou a queixa-crime pela Suprema Corte, ficará o Presidente da República suspenso de suas funções pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (art. 86, § 1º, I, CF). Nesse sentido, se esse prazo constitucional tiver decorrido e o julgamento não estiver concluído, é mister o afastamento cautelar do Chefe do Poder Executivo da União, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo penal contra ele (CF, art. 86, § 2º). Nas palavras de Celso de Mello,

[...] se o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal tornarem-se réus criminais perante esta Corte Suprema, em razão do recebimento de denúncia ou de queixa-crime, ficarão eles impedidos de exercer, mediante substituição, o ofício de Presidente da República, pois nada poderá justificar que meros substitutos eventuais desempenhem essa função quando a

³³² COUTINHO, Filipe; FERNANDES, Talita. Retrospectiva 2016: O ano em que o Supremo exibiu os músculos. **O Globo**, 26 dez. 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/retrospectiva-2016-o-ano-em-que-o-supremo-exibiu-os-musculos.html>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

Constituição simplesmente nega ao próprio titular do mandato presidencial essa possibilidade.³³³

Dessa interpretação, resulta que os agentes públicos que detêm as titularidades funcionais que os habilitam, constitucionalmente, a substituir o Chefe do Poder Executivo da União em caráter eventual, caso tornados réus criminais perante o STF, não ficarão afastados dos cargos de direção que exercem na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no Supremo Tribunal Federal; apenas sofrerão impedimento para o exercício do ofício de Presidente da República. Em outras palavras, caso o substituto eventual da cadeira da Presidência da República esteja inabilitado para o exercício temporário da função de Presidente, isso não implicará em obstrução ou inabilidade para desempenhar a função de chefia da Casa a que pertence, seja ela a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, não se justificaria o afastamento cautelar de Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, especialmente porque, além de ser eleito, na forma do Regimento Interno, por seus pares, não se configurou o “*periculum in mora*” exigido para adoção de tal medida. A eventualidade, à época, do impedimento da então Presidente da República, Dilma Roussef, não implicaria que o Senador fosse convocado a substituí-la imediatamente, dado que, conforme o preceito do art. 80 da Carta, a convocação para substituí-la recairia na pessoa do Presidente da Câmara dos Deputados, inexistindo, desse modo, razão para determinar-se medida tão extraordinária como a imposta pela decisão.

Não obstante, conforme asseverado pelo próprio Ministro Celso de Mello, a grave e excepcional medida não poderia ter sido endossada pelo Tribunal sem que se observasse o estrito cumprimento básico processual consistente na prerrogativa de exercer o direito de defesa, neste compreendidos todos os atributos que lhe são inerentes, como a garantia do contraditório e do devido processo legal, tal como o reconhece a própria jurisprudência constitucional da Corte Suprema. Esses julgados conclamam que o Estado deve exercer sua autoridade

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2016, pp. 82-83 do Inteiro Teor do Acórdão.

considerando a plenitude da defesa, qualquer que seja o destinatário da medida judicial, “pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal que importe em limitação de direitos exige a fiel observância da garantia fundamental do devido processo legal”³³⁴.

No caso de Eduardo Cunha, o STF referendou a medida cautelar deferida em ação cautelar para decretar a suspensão do exercício do mandato de deputado federal e, em decorrência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. Registrou-se que os elementos fáticos e jurídicos teriam demonstrado que a presença de parlamentar na função de Presidente da Câmara dos Deputados representaria risco para as investigações penais sediadas no Supremo Tribunal Federal. Ademais, definiu-se como pano de fundo que a presença do parlamentar na Presidência da Câmara comprometia a segurança jurídica com a manutenção, na chefia daquela Casa legislativa, de cidadão que guardasse a condição de réu, especialmente ante o risco de o parlamentar vir a ocupar, temporariamente, a cadeira do Presidente da República, cargo para o qual a Constituição inadmite a condição de réu³³⁵.

No caso da ADPF nº 402, liminarmente, assentou-se, conforme Informativo 846 do STF, que a impossibilidade de réu em processo-crime ocupar o aludido cargo é uma decorrência do sistema constitucional, sendo assim, a linha de substituição do presidente e do vice-presidente da República deve ser composta de pessoas que não estejam na condição de réu³³⁶. Todavia, no Referendo da ADPF nº 402, a tese, outrora vencedora, restou vencida. Assim, conforme o disposto

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília p. 84.

³³⁵ STF. Informativo 824. **Parlamentar e afastamento do cargo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm#Parlamentar%20e%20afastamento%20do%20cargo%20-%201>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

³³⁶ STF. Informativo 846. **Réu em processo-crime e substituição presidencial**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo846.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

no Informativo 850 do STF³³⁷, os substitutos eventuais do presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição Federal, caso ostentem a posição de réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, ficarão impossibilitados de exercer o ofício de presidente da República, mas não se sustenta a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação diametralmente oposta à adotada no caso de Eduardo Cunha. Nas duas situações requereu-se a suspensão do mandato e afastamento do parlamentar do cargo de chefia da Casa. Tecnicamente, a prisão de Eduardo Cunha não se sustentaria pelo primeiro fundamento de garantia da instrução penal, conforme já analisado. No tocante ao segundo argumento – de eventualidade de o chefe da Casa, na condição de réu no STF, vir a ocupar o cargo temporário de Presidente da República –, a solução jurídica também é descabida porque a interpretação adotada foge dos parâmetros constitucionais, na medida em que estende, apenas no que é conveniente, uma ou outra regra constitucional de substituição ou sucessão do Presidente da República ao Chefe da Casa Parlamentar. Ou seja, escolhe-se, arbitrariamente, os ônus e bônus que devem incidir na interpretação do caso concreto.

O tema versado no caso refere-se a uma suposta lacuna constitucional. Primeiramente, vale destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal neste caso encerrou um inconveniente importante de alteração da regra constitucional de sucessão da Presidência da República. A decisão contrariou o pedido formulado, que se circunscrevia na indivisibilidade do exercício do cargo de Chefe da Casa com a condição de substituto da cadeira da presidência. Diferentemente do rito de processamento de denúncias contra o Presidente da República (art. 86, caput, CF), não existe norma que fixe a necessidade de prévia autorização da Casa Legislativa para recebimento de denúncia contra parlamentares por crime comum, isto é, conforme disposição do art. 53, § 3º, da CF, a ação penal contra parlamentar pode ser instaurada pelo Supremo Tribunal Federal sem qualquer controle político prévio do Poder Legislativo.

³³⁷ Informativo 850, STF. **Réu em processo-crime e substituição presidencial** – 2. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo850.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

Ademais, o Presidente da República só pode ser processado por crimes vinculados ao mandato. Por outro lado, os congressistas podem ser processados a qualquer tempo sem a necessidade de conexão com o exercício do mandato – o que, atualmente, implica, dependendo da situação do processo, em perda da prerrogativa de foro. Vale frisar que no caso de Renan Calheiros, a acusação diz respeito a fato que não guardava relação com o mandato, pois ocorrido, supostamente, há mais de 10 anos antes do recebimento da denúncia – diferentemente do caso de Eduardo Cunha.

É possível observar que se pretendeu equiparar situações diversas, pois as normas atinentes ao recebimento de denúncia contra parlamentares são distintas daquelas estabelecidas para o Presidente da República. Diante do exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal resta injustificada, especialmente considerando a submissão da Presidência do Senado Federal a normas não expressamente previstas na Constituição, mas com base em condições “implícitas” que expressavam o risco de que o parlamentar viesse a ocupar a cadeira da presidência de forma temporária.

3.6 CASO AÉCIO NEVES – AÇÃO CAUTELAR N° 4327/DF

O caso do senador Aécio Neves rememora o caso do ex-deputado federal Eduardo da Cunha. O ministro Edson Fachin, em 17 de maio de 2017, impôs ao senador Aécio Neves da Cunha (PSDB/MG) medidas cautelares diversas da prisão, referindo-se aos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, determinando a suspensão do exercício de funções parlamentares ou de qualquer outra função pública, a proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e a de ausentar-se do País, com entrega do passaporte. Nessa oportunidade, reputou estar presentes indícios da prática dos crimes previsto nos artigos 317, *caput*, do Código Penal (corrupção passiva), e 2º, § 1º da Lei nº 12.850/2013, na forma do artigo 14, inciso II, do Código Penal (embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa), decorrentes do acordo de delação premiada firmado entre pessoas ligadas ao Grupo J&F e o Ministério Público Federal. Consubstanciou-se a necessidade de garantir a ordem pública e a instrução processual, “reportando-se à lesividade dos delitos, à periculosidade social, ao risco de influência nas decisões dos Poderes Legislativo e Executivo e ao

receio de reiteração criminosa”³³⁸, bem como acerca da possibilidade de afastamento de parlamentares em situações excepcionais, reportando-se à Ação Cautelar nº 4.070.

O Senador Aécio Neves da Cunha requereu a reconsideração da decisão, reivindicando a revogação das medidas cautelares impostas e, sucessivamente, o recebimento da peça como agravo, com remessa para julgamento perante a Turma. Em sua defesa, sustentou a ilegalidade e desproporcionalidade da aplicação das medidas cautelares, citando a proteção ao exercício da atividade parlamentar prevista na Constituição Federal e o caráter excepcional da medida de afastamento do exercício do mandato, considerado o primado da soberania do voto popular. Ademais, sustentou que tratar-se de situação diversa da revelada na Ação Cautelar nº 4.070, sublinhando ser atividade inerente ao cargo a proposição, discussão e aprovação de leis, independentemente das convicções pessoais do Senador, não consubstanciando o crime de obstrução à Justiça.

O Procurador-Geral da República sustentou a continuidade das medidas cautelares e, em 2 de junho de 2017, apresentou denúncia em desfavor do Senador da República, imputando-lhe o cometimento dos delitos versados nos artigos outrora mencionados. Nessa ocasião, aduziu existirem provas de suposta atuação do parlamentar no sentido de obstruir ou impedir os avanços da Operação Lava Jato, identificadas em duas circunstâncias: “1) articulação para aprovação de lei visando anistiar o crime de ‘caixa dois’ eleitoral e aprovar o de abuso de autoridade”³³⁹; somado à “2) influência na nomeação de Ministro da Justiça visando interferir na escolha de Delegados da Polícia Federal para conduzir inquéritos oriundos da referida Operação, objetivando assegurar a impunidade de determinadas autoridades políticas”³⁴⁰. Por fim, assevera ser a situação análoga à examinada nas ações cautelares nº 4.039 e nº 4.070, enfatizando que a peculiaridade do quadro impõe a adoção de medidas excepcionais.

Visando o julgamento do agravo do Senador, pela Primeira Turma³⁴¹, o novo Relator, ministro Marco Aurélio, confeccionou voto e

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 jun. 2017, p. 2.

³³⁹ *Ibidem*, p. 3.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 3.

³⁴¹ Por meio das petições/STF nº 33.659 e nº 33.656, ambas de 2017, o Senador requereu, como questão de ordem, a remessa do processo ao Pleno para exame

o reconsiderou em 30/06/2017. Nele, consignou que a deliberação acerca da constrição penal deve ser respeitada mesmo ante a configuração da situação de flagrância, de modo que, aprovado pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, o auto de prisão em flagrante é remetido ao Supremo, que deverá, fundamentadamente: se ela for ilegal, afastar a custódia; se presentes os requisitos do art. 312, do CPP, e as medidas cautelares diversas se revelarem inadequadas ou insuficientes, convertê-la em prisão preventiva; por fim, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança³⁴². Com isso, quer-se dizer que a Casa Legislativa, pode, mesmo se o parlamentar for surpreendido na prática de ato criminoso, isto é, estar e situação de flagrância, afastar a prisão. Ainda, por força do art. 53, §3º, da CF, recebida a denúncia formalizada ante o cometimento de delito após a diplomação, será dada ciência à Casa a que o parlamentar integra, podendo os pares deliberarem pela sustação do curso do processo enquanto durar o mandato, afastado, por consequência lógica, o curso do prazo prescricional. Nesse sentido, mesmo no caso de condenação criminal transitada em julgado, a encerrar a perda do mandato parlamentar, cumpre à Mesa da Casa Legislativa declará-la, a partir do disposto no artigo 53, § 3º, da Constituição Federal.

dos agravos protocolados por ele e pelo Ministério Público Federal e o deferimento do prazo de 10 dias a fim de manifestar-se acerca dos fatos novos veiculados, em contraminuta, pela Procuradoria-Geral da República. Em 16/06/2017, o Ministro Edson Fachin não acolheu os pedidos, assentando a competência da Turma para apreciação dos recursos, conforme artigo 8º, inciso I, do Regimento Interno do Supremo. Dessa forma, encontrava-se pendente de exame o agravo interno formalizado pelo senador Aécio Neves da Cunha, em que impugnava a decisão mediante a qual se indeferiu pedido de remessa do processo ao Pleno para julgamento dos agravos. Sendo assim, ante o princípio segundo o qual decisão individual somente pode ser revista pelo autor ou pelo Colegiado, o ministro liberou, para julgamento pela Turma, os agravos, em 12 de junho de 2017. Apregoado o interposto pelo senador Aécio Neves da Cunha, a defesa técnica assomou à tribuna e informou haver protocolado, há pouco, agravo voltado a impugnar o ato mediante o qual indeferida a submissão da análise do recurso ao Pleno. Finalmente, na qualidade de Presidente da Turma e Relator, o ministro Marco Aurélio cancelou o pregão, ressaltando a necessidade de solucionar o incidente e reconsiderando decisão outrora prolatada.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 jun. 2017, p. 8.

O Relator pontuou que os delitos supostamente praticados pelo Senador não se enquadram entre os inafiançáveis, presentes no art. 5º, XLIII e XLIV, da CF³⁴³. Logo, não fosse suficiente a inexistência de flagrante – o Senador não foi surpreendido cometendo crime – não se teria como prendê-lo, considerada a previsão do artigo 53, § 2º, da Constituição Federal. Vale notar que o ato extremo poderia, pelo voto da maioria dos membros do Senado, ser afastado. Ainda, ressaltou que “a suspensão do mandato eletivo, verdadeira cassação temporária branca, sequer está prevista, como cautelar substitutiva da prisão, no caso descabida, no artigo 319 do Código de Processo Penal”³⁴⁴. Dessa forma, o afastamento ocorreu “sem julgamento, sanção prévia, com mitigação da importância do mandato eletivo, substituindo-se o Supremo, na voz isolada do antecessor na relatoria, ao Senado Federal”³⁴⁵. Ademais, “a articulação política relativamente à ocupação de cargo de Ministro de Estado é inerente ao presidencialismo de coalização e não pode ser criminalizada, sob pena de ofensa à imunidade material dos parlamentares”³⁴⁶, sendo que o parlamentar em questão possui uma carreira elogiável. Desse modo, afastando as medidas de suspensão do exercício de funções parlamentares ou de qualquer outra função pública, de proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e na de ausentar-se do País, devolveu-se ao Senador a situação jurídico-parlamentar devida, sendo que o agravo formalizado pelo Procurador-Geral da República, em que veiculava o pedido de implemento da prisão preventiva de Aécio Neves, foi julgado prejudicado.

³⁴³ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 jun. 2017, p. 11.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 jun. 2017, p. 11.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

Ocorre que, em 26 de setembro de 2017, a Primeira Turma do STF decidiu afastar Aécio Neves novamente do mandato³⁴⁷, nos termos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso. Tratou-se de agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República em face de decisão do Ministro Marco Aurélio, que determinou o retorno do Senador Aécio Neves da Cunha à função parlamentar e julgou prejudicados os agravos anteriormente interpostos pelo Ministério Público e pelo próprio Senador.

A Procuradoria-Geral da República novamente registrou que existe uma similitude fática com a AC 4.039, em que foi decretada a prisão do Ex-Senador Delcídio do Amaral, uma vez que ambos ocupavam posição de liderança partidária no Senado; (b) praticavam o mesmo crime (obstrução à investigação de organização criminosa) e (c) preenchiam os requisitos para a decretação da prisão preventiva visando assegurar a garantia da ordem pública e da instrução criminal. De acordo com o Ministério Público Federal, a decisão agravada não versou outros dois conjuntos de ilícitos graves pelos quais o agravado foi denunciado no INQ 4506, quais sejam, corrupção passiva, praticada em concurso de agentes e corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sendo que ambos os conjuntos delitivos ainda estão em andamento, o que reforça a necessidade de imposição da custódia cautelar ao agravado. Por fim, sustentou que os mesmos fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva também servem como base argumentativa para a decretação da medida cautelar diversa da prisão, isto é, os mesmos elementos essenciais estão presentes nesta ação cautelar e na AC 4.070, em que o Ex-Deputado Eduardo Cunha foi afastado da função pública de parlamentar; (xiii) afastamento do mandato parlamentar se enquadra na medida cautelar prevista no art. 319,VI, do CPP, ao contrário do que afirmado na decisão agravada³⁴⁸.

³⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1ª Turma determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Terceiro Ag.Reg. na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Aécio Neves da Cunha. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 set. 2017, p. 35.

Nessa ocasião, o Ministro Luis Roberto Barroso asseverou que os indícios de autoria e materialidade restaram preenchidos³⁴⁹, “apontando para fortíssimos indícios de uso do cargo de Senador para a prática de delitos, que incluíram corrupção passiva, lavagem de dinheiro e obstrução de justiça”³⁵⁰. Dessa forma, o Senador estaria se utilizando do espaço público para retribuir favores privados, de modo “o Senador utilizou a atividade parlamentar, que lhe foi conferida pelo voto popular, para promover interesses privados e obstruir investigações realizadas pela Polícia Federal”³⁵¹. Observou que a necessidade da custódia cautelar restou fundamentada na decisão originária, do Ministro Edson Fachin, na garantia da ordem pública, em especial, no fundado receio de reiteração da prática delitativa, em razão (i) da habitualidade na prática de crimes e (ii) da gravidade concreta das condutas. Contudo, diante da dúvida razoável do Ministro quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 53, § 2º, da CF, deixou de decretar a prisão preventiva, mas entendeu razoável a imposição de medida cautelar de afastamento de função pública. Com a decisão, foram restabelecidas as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP) que haviam sido impostas, em maio, pelo relator original da ação, ministro Edson Fachin. Além disso, também por maioria, a Primeira Turma do STF – composta por 5 dos 11 ministros – acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno.

Finalmente, em 26 de outubro de 2017, o Senado derrubou, com 44 contrários e 26 favoráveis à manutenção, a decisão da Primeira Turma do STF e o parlamentar retornou ao cargo novamente³⁵².

³⁴⁹ “Transcrição da captação ambiental demonstra que o Senador participou de uma reunião com JOESLEY BATISTA, na qual acertou o pagamento de dois milhões de reais em quatro parcelas de quinhentos mil reais; (ii) a transcrição da captação ambiental do encontro entre RICARDO SAUD e FREDERICO PACHECO, o FRED, primo do Senador, que indica que o destinatário do dinheiro entregue a este último era de fato AÉCIO NEVES DA CUNHA. Diante de tais elementos, é fora de dúvida que os indícios de materialidade e autoria do crime de corrupção passiva não decorrem unicamente da palavra dos colaboradores”. *Ibidem*, p. 38.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 45.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 46.

³⁵² PLENÁRIO rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. **Senado Notícias**. Brasília, 17 out. 2017. Disponível em:

O tempo que separa os pedidos de afastamento de mandato de Eduardo Cunha e Aécio Neves equivale a exatamente um ano. Em maio de 2016, Eduardo Cunha foi afastado cautelarmente do cargo e do mandato de deputado federal. Em maio de 2017, Aécio Neves também foi afastado do cargo de senador pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo, contudo, com seu mandato. Nesse intervalo, alterou-se as perspectivas e interpretações acerca do afastamento de parlamentares do exercício do mandato por decisão judicial, bem como modificou-se a postura do Congresso Nacional em relação ao Supremo Tribunal Federal, especialmente considerando, já no final de 2016, a reação do então Presidente do Senado, Renan Calheiros.

Observa-se que, em maio de 2016, o Ministro Marco Aurélio sublinhou com veemência, na oportunidade do julgamento do então Presidente da Câmara dos Deputados, que a imunidade parlamentar do exercício do mandato não protege o congressista que se utiliza do mesmo para benefício próprio, assentando que a imunidade parlamentar não é absoluta. Mas as circunstâncias políticas alteraram a configuração da relação entre os poderes. O afastamento de Eduardo Cunha, em 2016, não ocasionou uma insurgência da Casa contra a decisão do tribunal. As posturas de Cunha ensejaram um desafeto substantivo na política em que o próprio parlamentar criou um conjunto de inimigos reais. A política agiu discretamente, recorrendo ao próprio STF para que o tribunal decidisse se o Congresso poderia ou não rever o afastamento cautelar de parlamentares. O Partido Social Cristão, o Solidariedade e o Partido Progressista ajuizaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526 nesse sentido. A ação, portanto, tinha como objeto indireto Eduardo Cunha. O ex-presidente da Câmara saiu do foco e foi posteriormente cassado e preso.

Já no caso de Renan Calheiros, no mesmo ano, as reações institucionais ocorreram tanto por parte do Legislativo quanto do Judiciário. As investidas políticas de Renan de levar para votação projetos que atingiam interesses do poder Judiciário foi recebida pela instituição com tom de ameaça e provocação, momento em que o STF o tornou réu com base em investigações que se iniciaram em 2007. Renan Calheiros se recusou a cumprir ordem judicial, o que causou desentendimentos mesmo entre os Ministros da Corte. Ainda, mais uma vez o STF se defrontou com a situação no caso de Aécio Neves. Na decisão liminar, o ministro Edson Fachin rejeitou o pedido de prisão,

mas deferiu o afastamento de Aécio Neves do mandato. Nessa ocasião, o Senado não reagiu, uma vez que estava sobre o impacto do teor das gravações. Posteriormente, o ministro Marco Aurélio, monocraticamente, e na véspera do recesso do Supremo, reverteu a decisão de Fachin e restabeleceu o mandato a Aécio Neves. Somente dois meses depois o Supremo julgou colegiadamente o caso. Por decisão da maioria dos ministros da Primeira Turma do STF, Aécio era novamente afastado.

É possível observar que o Senado se viu encorajado a reagir diante de um Supremo Tribunal Federal rachado. A possibilidade de um parlamentar ser afastado por decisão do Supremo é verdadeiramente controversa. Neste quadro, em 11/10/2017, o Supremo julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526, do Distrito Federal, em que discutia a possibilidade de o Senado poder rever decisões judiciais que afastem parlamentares do mandato. Não sem controvérsias, o Plenário decidiu, por maioria de votos, dar parcial procedência ao pedido de interpretação conforme a Constituição, veiculado pelos partidos Progressista (PP), Social Cristão (PSC) e Solidariedade, para definir que o Poder Judiciário tem competência para impor a parlamentares as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Assentou-se que a decisão judicial deve ser remetida, em 24 horas, à respectiva Casa Legislativa para deliberação, nos termos do artigo 53, §2º, da Constituição Federal, apenas no caso da imposição de medida que dificulte ou impeça, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato³⁵³. À época, a decisão apontada influenciou o caso do senador Aécio Neves (PSDB-MG), que tendo sido novamente afastado do exercício do cargo de senador pelo Tribunal, teve a respectiva decisão remetida à Casa do Senado para apreciação e deliberação³⁵⁴.

3.7 O CASO MARCOS DA ROCHA MENDES – AÇÃO PENAL Nº 937/DF

³⁵³ STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares. **Notícias STF**. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

³⁵⁴ RAMALHO, Renan; GARCIA, Gustavo. STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. **G1**. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 25 jan. 19.

Trata-se de questão de ordem suscitada em ação penal 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). De acordo com a denúncia, nas eleições municipais de 2008, 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 da distribuição de carne aos eleitores.

No caso, o réu teria supostamente cometido o crime quando era candidato à Prefeitura de Cabo Frio. Ao ser denunciado, porém, já ocupava o cargo de Prefeito e, assim, detinha foro por prerrogativa de função perante o Tribunal Regional Eleitoral. O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ) recebeu a denúncia em 30.01.2013. No entanto, com o encerramento do mandato do réu na Prefeitura, o TRE-RJ declinou de sua competência em favor do Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro. Posteriormente, o TRE, em sede de *habeas corpus*, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, já que, à época, o acusado já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função.

O Juízo eleitoral de 1ª instância proferiu, então, nova decisão de recebimento da denúncia em 14.04.2014 e realizou a instrução processual, com a oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu. Encerrada a instrução na 1ª instância, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 19.11.2014, e a Defesa, em 11.12.2014, apresentaram suas alegações finais. Ocorre que, em razão da diplomação do réu, em 10.02.2015, como Deputado Federal, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 24.04.2015. Marcos da Rocha Mendes era o primeiro suplente de deputado federal de seu partido e passou a exercer o mandato por afastamento dos deputados eleitos.

Quase um ano depois, em 14.04.2016, Marcos da Rocha Mendes se afastou do mandato, uma vez que os deputados eleitos reassumiram seus cargos. Dias depois, em 19.04.2016, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Já em 13.09.2016, ele foi efetivado no mandato, em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha. Finalmente, após o término da instrução processual e a inclusão do presente processo em pauta para julgamento, Marcos da Rocha Mendes foi eleito, novamente, Prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de Deputado Federal para assumir a Prefeitura, em 1.01.2017.

No caso, trata-se do foro especial por prerrogativa de função. Conforme inteligência do art. 53, § 1º, da CF, os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Esse também é o entendimento do art. 102, *caput*, da CF, que dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. A Constituição prevê expressamente as matérias de competência do STF, de modo que lhe compete julgar em juízo único e definitivo Deputados e Senadores. Considerando que as atribuições judicantes previstas nos incisos do art. 102 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional, “a atuação do STF aí se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício da jurisdição constitucional”³⁵⁵, sem, contudo, realizar o controle de constitucionalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso afetou a ação penal para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e suscitou a questão de ordem em 10.02.2017, a fim de que, diante das disfuncionalidades práticas do regime de foro por prerrogativa de função evidenciadas no caso concreto relatado³⁵⁶, a Corte se pronunciasse acerca de duas questões. A primeira delas diz respeito à possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, limitando tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, isto é, após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, isto é, que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado. A segunda, refere-se à necessidade de se estabelecer um marco temporal para que a competência de processar e julgar ações penais – do STF ou outro órgão jurisdicional – não seja mais afetada em razão do acusado se investir ou desinvestir do cargo (por renúncia, não reeleição, eleição para cargo diverso). Para o ministro, “o caso em

³⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 566.

³⁵⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018, p. 33 do inteiro teor de acórdão.

exame é exemplo emblemático de como o ‘sobe e desce’ processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição, quando não em razão da pena em abstrato, ao menos tendo em conta a pena aplicada em concreto³⁵⁷.

A fim de melhor compatibilizar o foro privilegiado com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas, o Relator julgou necessário que as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses desta prerrogativa sejam interpretadas restritivamente no tocante ao sentido e alcance do instituto³⁵⁸. Nessa perspectiva, aponta duas razões que dão reforço à justificação da nova interpretação: (i) razões de princípio e teleologia da norma; e (ii) precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em última instância, três apontamentos podem ser explorados. O primeiro deles diz respeito às próprias regras constitucionais, que, indubitavelmente, reforçam, sem qualquer lacuna ou antinomia, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar certas autoridades, dentre elas, Deputados e Senadores. Essa competência está expressamente prevista não só no Estatuto dos Congressistas, mas também na atribuição da competência originária da Corte. Em segundo, lugar, o argumento de que os precedentes são justificadamente aptos a conferir segurança jurídica na adoção da nova interpretação é, de outro lado, duvidoso. Conforme analisado, as sucessivas inversões jurisprudenciais, a criação de institutos não previstos constitucionalmente, a utilização de legislação infraconstitucional para encontrar exceção à regra constitucional, são posturas que se tornam comuns no âmbito do processo e julgamento de parlamentares. Nestes termos, os precedentes da Corte não asseguram um julgamento imparcial, coerente e em respeito às normas constitucionais; ora porque no caso se identifica uma interpretação constitucional que, se utilizando de normas processuais penais, extrapola os limites constitucionais, ora porque, se correlacionado com fatos análogos, identifica-se uma contradição quanto à interpretação do caso.

Ademais, a mudança de interpretação empreendida pela Corte quanto ao foro especial deixa em aberto o tratamento que poderia ser

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 900 do STF**. Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

dispensado às demais autoridades com prerrogativa de foro expressamente enunciadas no art. 102, I, b, da CF/88, a saber, Presidente da República, o Vice-Presidente, os próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Nesse ponto, a fixação da nova interpretação altera significativamente não só o art. 53, § 1º da Carta, como também importante regra de competência estabelecida pela Constituição. Amplia-se esse problema quando se constata que a extensão dos efeitos da decisão foi proposta pelo Min. Marco Aurélio mas não foi apreciada pela Corte, o que gerou repercussões no âmbito estadual, especificamente nos autos da Ação Penal nº 866/DF, de relatoria do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, de 07/05/2018, e no Inquérito nº 4292 e Petição 7.291/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 23/05/2018.

No caso da APn nº 866/DF, foi ofertada denúncia em face de Ricardo Vieira Coutinho (PSB/PB), 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 de João Pessoa/PB. Nessa ocasião, identificou-se que, em tese, os delitos não guardavam relação com o mandato, tampouco teriam sido praticados em razão da função pública atualmente exercida pelo denunciado como Governador. Diante disso, pelo princípio da simetria, o ministro Luis Felipe Salomão aplicou por analogia a decisão do STF, reconhecendo a inaplicabilidade da regra constitucional de prerrogativa de foro no caso e determinando, por decisão monocrática, em 07 de maio de 2018, a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, para distribuição a uma das Varas Criminais da Capital³⁵⁹. O caso estava sendo analisado na Corte Especial do STJ, já que Ricardo Coutinho era detentor de foro por prerrogativa de função na Corte. Esta foi a primeira decisão do STJ, tribunal com competência para julgar e processar governadores, em que se aplicou o entendimento do Supremo sobre a restrição do foro por prerrogativa de função³⁶⁰.

³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Penal nº 866/DF. Agravantes: Ricardo Vieira Coutinho e Ministério Público Federal. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de junho de 2018, p. 7

³⁶⁰ MUNIZ, Mariana. STJ aplica decisão do STF sobre foro e envia caso de governador para 1ª instância. **JOTA**, 07 out. 2018. Disponível em: <

Já o Inquérito nº 4292 diz respeito à Operação *Fair Play*, da Arena Pernambuco. Analisado por Celso de Mello, o inquérito investigou o prefeito de Recife, Geraldo Júlio (PSB/PE), o senador Fernando Bezerra Coelho (MDB/PE), o deputado federal Francisco Tadeu Barbosa de Alencar (PSB/PE) e o governador do estado de Pernambuco, Paulo Henrique Saraiva Câmara (PSB/PE), todos suspeitos de participação no suposto superfaturamento na construção do estádio Arena Pernambuco, pela empreiteira Odebrecht, para a Copa do Mundo de 2014³⁶¹. O caso tramitava no STF em razão da prerrogativa de foro do Senador Fernando Coelho e do Deputado Tadeu Alencar. Todavia, em 18/05/2018, o ministro entendeu que o precedente do caso Marcos da Rocha Mendes – que tratou da restrição do alcance da prerrogativa de foro a parlamentares – se aplicaria também a governadores de estado, haja vista que os delitos imputados aos investigados ocorreram em momento anterior à diplomação e não guardavam conexão com o mandato. Sendo assim, o decano da Corte remeteu a investigação que envolve o governador de Pernambuco ao Superior Tribunal de Justiça.

Nessa ocasião, o Ministro Celso de Mello pontuou que, ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro, a Constituição Federal incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Isso porque a prerrogativa de foro, por não configurar privilégio de ordem pessoal em favor de quem a detém, somente diz respeito ao exercício e às funções inerentes ao cargo ou mandato cuja titularidade enseja o acesso a tal prerrogativa, que é concedida unicamente *ratione muneris*. Para justificar a tendência clara de extinção pura e simples ou da redução do instituto a poucas hipóteses, o ministro alega que “no plano do direito comparado, remanesce, hoje, em poucos sistemas normativos, a prerrogativa de foro em razão de determinadas funções”³⁶².

<https://www.jota.info/justica/ricardo-coutinho-foro-stj-07052018>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

³⁶¹ FORO para governadores e conselheiros é restrito a fatos relacionados ao cargo. **Notícias STJ**. Brasília, 20 jun. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Foro-para-governadores-e-conselheiros-%C3%A9-restrito-a-fatos-relacionados-ao-cargo>. Acesso em: 06 ago. 2018.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4292/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fernando Bezerra de Souza Coelho, Francisco Tadeu Barbosa de Alencar, Geraldo Júlio de Mello Filho, Paulo

Dando seguimento à decisão, asseverou que a legitimidade da interpretação constitucional do Plenário do STF a respeito da prerrogativa de foro encontra respaldo na doutrina e nos precedentes da Corte, na medida em que incumbe ao STF, enquanto instância que detém a guarda e o domínio da hermenêutica da Constituição, “o monopólio da última palavra”³⁶³. Dessa forma, não observar a decisão da Corte implicaria em debilitar a força normativa da Constituição. Assim, considerando que se vive sob a égide de uma “sociedade aberta dos intérpretes livres da Constituição”, torna-se inquestionável o reconhecimento, em favor da generalidade das pessoas e das instituições, inclusive dos próprios Poderes da República, de verdadeira “abertura hermenêutica”, que lhes permite discutir o alcance, o significado e a abrangência das cláusulas que compõem o “corpus” constitucional³⁶⁴. Em sua visão, essa compreensão pluraliza o debate constitucional, conferindo-se expressão real e efetiva ao princípio democrático e permitindo que o Supremo Tribunal Federal disponha de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, buscando-se alcançar, com tal abertura material, “a possibilidade de superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte Suprema no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, notadamente em abstrato, o controle de constitucionalidade”³⁶⁵. Assim,

[...] a única diferença que existe entre a atuação desta Corte Suprema nos processos em que profere o seu julgamento (como no precedente referido no início da presente decisão) e a possibilidade democrática de ampla discussão social em torno da Constituição, passando, inclusive, pelo “diálogo institucional” entre os órgãos e Poderes constituídos, reside no fato, jurídica e processualmente relevante, de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal revestir-se-á de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado,

Henrique Saraiva Câmara. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de maio de 2018, p. 171.

³⁶³ *Ibidem*, p. 171.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 171.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 172.

seja com efeito “*inter partes*” (controle incidental ou difuso de constitucionalidade), seja com efeito “*erga omnes*” e eficácia vinculante (controle normativo abstrato de constitucionalidade). É por isso que se atribui ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional efetuada por esta Corte Suprema nos processos submetidos a seu julgamento. Tais decisões, em última análise, dão expressão concreta ao texto da própria Constituição.³⁶⁶

Cumprido acentuar, neste ponto, bem por isso, que essa nova orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal encontra suporte legitimador no princípio republicano que consagra, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos são iguais perante a lei, valendo lembrar que a noção de igualdade dos cidadãos, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, tipifica-se como uma das pedras angulares e essenciais à configuração mesma da ordem republicana. O Princípio republicano não tolera discriminação de orientação sexual ou, como na espécie, de posição estamental, eis que – cabe insistir – nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República, sob pena de transgredir-se valor fundamental que confere substância à própria configuração dessa ideia nuclear que informa nosso sistema constitucional³⁶⁷. Destarte, a prerrogativa de foro traduz matéria de direito estrito e que, por isso mesmo, deve merecer interpretação que impeça a expansão indevida da competência penal originária desta Suprema Corte. A prerrogativa de foro, por isso mesmo, nos termos da Constituição da República, não configura, como anteriormente enfatizado, situação de privilégio pessoal.

Por fim, reconhecendo cassada a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o caso em tela, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista tratar-se de Governador de Estado, figura para a qual a Constituição Federal atribui

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 172.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4292/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fernando Bezerra de Souza Coelho, Francisco Tadeu Barbosa de Alencar, Geraldo Júlio de Mello Filho, Paulo Henrique Saraiva Câmara. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de maio de 2018, p. 173.

ao STJ a competência penal originária para processo e julgamento, conforme o preceito do art. 105, I, “a”. Não obstante, o ministro Celso de Mello ressalva seu entendimento acerca da aplicabilidade, por identidade de razões, do precedente estabelecido pelo STF (AP 937-QO/RJ, relator ministro Luis Roberto Barroso) ao caso em comento. Salienta que, cuidando-se de delitos cometidos, em tese, antes da posse como Governador e, portanto, na condição de Secretário de Estado, a competência para apreciar a matéria recairia sob o órgão judiciário de primeiro grau, “tal como julgou, em primorosa decisão, mediante ‘aplicação do princípio da simetria’, o eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO nos autos da APn 866/DF”³⁶⁸.

Nesse contexto, a Corte Especial começou a discutir, no mesmo mês, a limitação do foro por prerrogativa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No caso, o denunciado Ricardo Vieira Coutinho e o Ministério Público Federal interpuseram agravos regimentais da decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão (AG na AP 866/DF) que aplicou o princípio da simetria para conferir tratamento analógico ao art. 105, I, “a”, da CF, e restringir o foro por prerrogativa de função aos Governadores de Estado, conforme precedente do STF. Após interrupção do julgamento em virtude de pedido de vistas dos ministros Luis Felipe Salomão e Herman Benjamin, o STJ assentou entendimento, em 20/06/2018, no bojo das Ações Penais nº 857/DF (proclamação parcial de julgamento)³⁶⁹ e 866/DF³⁷⁰, que o foro por prerrogativa de função no caso de governadores e conselheiros de tribunais de contas também ficará restrito a fatos ocorridos durante o exercício do cargo e em razão deste.

Sustentou o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que o fato de a regra de competência estar prevista em texto constitucional não pode representar óbice à análise, pelo Superior Tribunal de Justiça, de sua própria competência, sob pena de se inviabilizar, nos casos como o dos autos, o exercício deste poder-dever básico de todo órgão julgador,

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 173.

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Consulta Processual Ação Penal nº 857/DF (2015/0280261-9). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=APn%20857>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Consulta Processual Ação Penal nº 866/DF (2013/0258052-5). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=%20APn%20866>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

impedindo o imprescindível exame deste importante pressuposto de admissibilidade do provimento jurisdicional. A partir disso, ao art. 105, I, "a", da Constituição Federal, deve ser conferida interpretação de forma a atender o princípio republicano, do qual é corolário a vedação de privilégios de qualquer espécie, com ênfase na interpretação restritiva das exceções, segundo a qual o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Somente com uma interpretação simétrica dos arts. 102, I, "b" e "c" e 105, I, "a", da Lei Fundamental, conferindo a mesma solução jurídica a casos análogos, será possível afirmar que esta Corte Superior proferiu decisão consistente e aceitável racionalmente, duas condições indispensáveis à tarefa de julgar, para que se realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito³⁷¹.

Considerando que a *ratio decidendi* que levou o STF a interpretar restritivamente a garantia constitucional insculpida no art. 102, I, "b" e "c", da CF, é a mesma do caso em apreço, o relator atribuiu ao art. 105, I, "a", da CF, interpretação simétrica àquela conferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício das suas competências originárias. Deste modo, ao enunciado normativo do art. 105, I, "a", da CF, conferiu-se o mesmo sentido e alcance atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 102, I, "b" e "c", "restringindo-se, desse modo, as hipóteses de foro por prerrogativa de função perante o STJ àquelas em que o crime for praticado em razão e durante o exercício do cargo ou função – no caso concreto, o de Governador de Estado –, porquanto ‘onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito’"³⁷². Essas são as razões pelas quais o STJ negou provimento aos agravos interpostos e reconheceu a incompetência do Tribunal para processar e julgar o caso, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Capital do Estado da Paraíba.

A tese constitucional discutida cuida da aplicação por analogia, mediante a incidência do princípio da simetria, do tratamento conferido

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Penal nº 866/DF. Agravantes: Ricardo Vieira Coutinho e Ministério Público Federal. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de junho de 2018, pp. 1-2.

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Penal nº 866/DF. Agravantes: Ricardo Vieira Coutinho e Ministério Público Federal. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de junho de 2018, p. 2.

pelo STF aos parlamentares federais – restrição do sentido e alcance da norma constitucional do art. 102, I, “b”, da CF – aos governadores de Estado e conselheiros de Tribunais de Contas pelo STJ – restrição do sentido e alcance da norma constitucional do art. 105, I, “a”, da CF. O raciocínio simétrico elaborado pelos ministros do STJ consiste na seguinte proposição: se o Supremo Tribunal Federal pode decidir o sentido e alcance de norma constitucional que lhe atribui a competência penal originária para julgamento de autoridades sob sua jurisdição (parlamentares federais), então, o Superior Tribunal de Justiça também o pode, no que se refere a sua competência penal originária para julgamento de autoridades sob sua jurisdição (governadores e conselheiros dos Tribunais de Conta).

O art. 25, *caput*, da CF, estabelece que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição. No parágrafo primeiro do artigo *supra*, a Carta prescreve que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição. No art. 125 do mesmo diploma, registrou-se que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte estabeleceu que “cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta” (art. 11, *caput*, ADCT). Quer isso dizer que cada ente federativo se organiza a partir de um documento jurídico distinto, de modo que o Município e o Distrito Federal regem-se pelas Leis Orgânicas respectivas, os Estados, pelas Constituições estaduais, e, a União, pela Constituição Federal³⁷³.

Essa organização advém do pacto federativo, que se consubstancia pela conferência de autonomia constitucionalmente delimitada aos entes federados. Isto é, os entes federados possuem capacidade de autogoverno, traduzida na autonomia para eleger seus governantes, capacidade de autoadministração, na medida em são competentes para erigir sua própria administração pública, e capacidade de auto-organização e normatização, pois podem editar suas respectivas leis e organizarem-se politicamente. Todavia, é exigência da aliança federativa que essa autonomia encontre limites, cujas balizas consistem, conforme disposição constitucional expressa, nos princípios da Constituição. Esse desenho organizacional implica, portanto, em

³⁷³ As regras para o DF e os municípios encontra-se preconizadas no art. 29, da CF e art. 11, parágrafo único, da ADCT.

respeitar-se um modelo normativo simétrico entre a União e os entes da federação. É nesse contexto que o princípio da simetria assume relevo. Pura e simplesmente, o princípio da simetria deve ensejar um importante mecanismo de preservação do pacto federativo. Entretanto, diante de eventuais lacunas jurídicas (quando o texto constitucional não oferece uma norma-regra) ou de indeterminação (quando o texto constitucional não oferece uma norma-princípio), há uma preocupação legítima de que essa máxima possa ser invocada como instrumento retórico que se volta contra a própria federação.

O princípio da simetria associou-se à ideia de que, no exercício de suas competências autônomas, os Estados, tanto quanto possível, devem adotar os modelos normativos constitucionalmente estabelecidos para a União, mesmo que, *a priori*, esses modelos não se apliquem aos Estados em razão de a Constituição Federal não lhes ter endereçado expressamente. Isso quer dizer que não apenas os estados deveriam assim se conduzir na sua prática institucional cotidiana, como também suas normas constitucionais de organização relativas a tais temas deveriam assim se amoldar quando de sua elaboração pelo poder constituinte estadual, sob pena de inconstitucionalidade em face da Constituição da República, à qual as Cartas estaduais encontram-se subordinadas (art. 25, caput, CF, e art. 11, caput, ADCT).

Observa-se que o raciocínio empregado pelos Ministros do STJ amolda-se a uma petição de princípio, ou seja, uma falácia lógica de argumento que, por meio de uma analogia indevida, estabelece como princípio o que se pretender validar/comprovar. Nesse sentido, o raciocínio analógico é empreendido com base em apenas um aspecto da analogia, que perseguindo um ideal de simetria, estabelece uma conclusão assimétrica. Evidentemente, é possível estabelecer relação de simetria no que se refere à organização das normas constitucionais que estabelecem modelos de competência para a União e para os Estados membros – no sentido de quem devem guardar harmonia e correspondência constitucional. Todavia, no momento de aplicação/concretização das normas constitucionais a petição de princípio performa-se a partir da extração de um único aspecto da diretriz constitucional. Com efeito, o argumento de simetria implica, nestes casos, uma situação assimétrica e, portanto, que não se presta a validar a lógica do raciocínio empregado.

A Constituição Federal atribui ao STF, precipuamente, a competência para guarda da Constituição, ou seja, este Tribunal constitui o principal intérprete da Carta e titular – não sem controvérsias – da última palavra acerca da interpretação das normas constitucionais.

Trata-se do tribunal eminentemente constitucional na sistemática jurisdicional brasileira. Nesse sentido, cabe ao STF a função de direcionador, por meio de controle abstrato e concreto de constitucionalidade, da conformação da legislação infraconstitucional frente à Constituição. O STJ, por sua vez, trata-se de tribunal responsável pelo controle da legislação infraconstitucional. Ambos têm jurisdição em todo o território nacional enquanto órgãos de convergência. Todavia, em matéria constitucional o STJ converge diretamente ao STF enquanto “órgão máximo da justiça brasileira e responsável final pelo controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos e decisões judiciais”³⁷⁴.

No caso em análise, na AC 937/RJ os ministros do STF não decidiram acerca da extensão dos efeitos para estabelecer novos parâmetros de fixação de competência para processar e julgar parlamentares estaduais ou demais autoridades previstas no art. 105, I, “a”, da CF. É nesse sentido o esclarecimento do Ministro Luis Roberto Barroso acerca da questão enfrentada: “a tese que eu proponho é uma tese ligada ao caso específico e que pretende restringir o sentido e alcance do foro privilegiado para parlamentares federais”³⁷⁵. Segundo o Ministro, frente as observações levantadas pelos Ministros Alexandre de Moraes³⁷⁶, não caberia nesse momento definir as previsões de prerrogativas pelas Constituições estaduais, de modo que a tese de julgamento discutiu a situação específica “referente a parlamentares federais e não vai além disso”³⁷⁷.

O foro por prerrogativa de função está regulamentado pelo art. 53, § 1º, da CF, e art. 102, I, “b” e “c”, da CF. Essas normas preceituam

³⁷⁴ FERNANDES, op. cit., pp. 1158-1159.

³⁷⁵ Esclarecimento Luis Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018, p. 153 do inteiro teor de acordo.

³⁷⁶ Em seu voto após pedido de vista, o Ministro Alexandre de Moraes sugere a amplitude da conclusão estabelecida por Luís Roberto Barroso, na questão de ordem submetida ao Plenário, para aplicabilidade das teses de prerrogativa de foro aos agentes políticos detentores de mandatos eletivos e àqueles nomeados para cargos em comissão de investidura temporária, inclusive em relação às previsões das Constituições estaduais. *Ibidem*, p. 143.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 154.

que os membros do Congresso Nacional, caso incorram em infrações penais comuns, serão processados e julgados, originariamente, e desde a expedição do diploma, pelo Supremo Tribunal Federal. Ao lado dos parlamentares, a Carta também prevê a prerrogativa de foro para outras autoridades, tais como, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, “b”, CF); ainda, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “c”, da CF). É de se registrar que a temática enfrentada pelo STF toca unicamente na alteração de sentido e alcance parcial desses dispositivos, conferindo interpretação restritiva – mediante interpretação ampliada de competências constitucionais expressas – à garantia parlamentar do foro por prerrogativa de função.

A partir dessa perspectiva, não há que se falar em simetria entre a modificação da competência originária do STF e a competência originária do STJ. Isso porque não há um correspondente normativo no qual este Tribunal possa se balizar para estabelecer o raciocínio analógico à tese decidida naquele Tribunal. Em verdade, a decisão do STJ acerca da fixação de nova interpretação do foro por prerrogativa de função das autoridades sob sua jurisdição evidencia que não há analogia válida, pois a decisão do caso concreto no STF diz respeito a um único aspecto de um único artigo da Constituição (dentre as autoridades arroladas no texto do art. 102, I, “a”, aplica-se somente aos parlamentares federais); enquanto que a decisão do STJ diz respeito ao art. 105, I, “a”, da CF, e, inclusive, a figuras diversas, como o Chefe do Executivo estadual e membros dos Conselheiros de Contas.

Observa-se que a diretriz do pacto federativo que estabelece que os modelos normativos atribuídos aos Estados devem guardar simetria aos da União não implica que seja qualquer simetria, de modo a enfraquecer os princípios fundamentais da Constituição e distanciar-se do próprio sentido para o qual essa correlação foi estabelecida. Considerando que em matéria constitucional o STJ se reporta ao STF, a quem cabe a guarda da Constituição, e que a analogia restou indevida, pois forjou uma simetria que se presta mais a ameaçar do que a preservar o pacto federativo, o que o STJ está a realizar consiste na própria atividade de interpretação da Constituição, ampliando suas competências originárias expressas mediante interpretação restritiva de

dispositivos constitucionais. É possível que neste ponto exista, então, certa simetria.

As regras constantes nos artigos estudados integram o rol exaustivo da Constituição (*números cláusulas*) e, nesses termos, não podem ser ampliadas via legislação ordinária, isto é, para que o sejam é necessário que se concretize via emenda constitucional e, portanto, por meio da atuação do Poder Constituinte reformador. Contudo, em alguns julgados é possível identificar a defesa de uma interpretação ampliada das competências do STF, a qual refuta a teoria das competências estritas da Corte (interpretação restritiva das competências do STF). Esse é o caso da AC 937/RJ. Apoiando-se na teoria das competências implícitas complementares, os Ministros invocam a necessidade de sanar lacunas constitucionais evidentes com o intuito de estender ou ampliar sua competência expressa. Contudo, o princípio da simetria não se limita à reprodução dos ônus, mas também da adesão aos bônus.

A aplicação do princípio da simetria na AP nº 866/DF e Inquérito nº 4292 – que consistiram nos primeiros desdobramentos da AC 937/RJ – não é suficiente para justificar a aplicação analógica, ora porque consistiu em petição de princípio com o fito de validar um raciocínio lógico indevido, ora porque, se há simetria entre os casos ela se estabelece em desacordo razoável com os princípios da Constituição, especialmente com a finalidade última das imunidades parlamentares de assegurar a independência do Poder Legislativo, transformando-se em instrumento retórico que se volta contra a própria federação.

Em síntese, os casos concretos estudados apontam para a exacerbação de um mecanismo de interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Nesse domínio, a regra geral há de ser a interpretação estrita, de forma que não cabe ao Judiciário esvaziar as prerrogativas institucionais expressamente conferidas a outro Poder, por razões éticas, morais ou políticas. Imaginar o Poder Judiciário como um tutor geral da República, além de comprometer a legitimidade democrática do poder político, significaria decretar a menoridade das demais instituições. A situação “extraordinária”, “excepcional”, “pontual” e “individualizada” não deveria ser motivo de extrapolação dos fundamentos constitucionais. A existência de garantias é inócua se na primeira ocasião de dificuldade prática ou incômodo político elas são solapadas.

4 ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONFLITO POLÍTICO E CONSTITUIÇÃO RADICAL

Neste capítulo será realizada uma análise crítica que enfoca a questão fundamental objeto da pesquisa. A partir dos pressupostos teóricos apresentados no primeiro capítulo, bem como da pesquisa de campo, na qualidade de estudo de casos, do segundo, o objetivo é verificar se na postura do Supremo Tribunal Federal ao aplicar a Constituição em casos concretos concernentes às imunidades parlamentares há ofensa à separação de poderes e ao princípio democrático, apontando os problemas potenciais ou efetivos da configuração refregada dos poderes Legislativo e Judiciário bem como os possíveis caminhos que podem ser endossados para minimizá-los.

4.1 SEPARAÇÃO DE PODERES: A SOBERANIA IMPOPULAR NA SUJEIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO AO PODER JUDICIÁRIO

Os casos concretos estudados dizem respeito à separação de poderes por dois motivos. O primeiro consiste na própria finalidade da previsão constitucional das garantias parlamentares, erigidas com o fito de preservar a função legislativa, traduzida na garantia do livre exercício do mandato como forma de assegurar a independência do Poder Legislativo. Protege-se, portanto, a função qualitativamente direcionada ao Legislativo enquanto integrante dos Poderes da República. Em segundo lugar, os casos evidenciam que a separação de poderes é constantemente invocada pelo Tribunal para fundamentar as decisões. À título de exemplo, sustentou-se, no caso de Eduardo Cunha, que a legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra deputados encontra abrigo farto no princípio da inafastabilidade da jurisdição, em preceitos éticos de grande relevância – e que estão na base do próprio sistema de representação popular –, bem como na separação de poderes, na medida em que a equiprimordialidade entre os diferentes poderes constituídos se dá a partir da consideração dos espaços de fiscalização recíproca entre eles, noção que está na base mesmo da elementar noção de freios e contrapesos. No caso de Renan Calheiros, asseverou-se que um dos pontos de partida para manter-se o convívio harmonioso entre os Poderes da República situa-se no cumprimento de decisões judiciais, pois desobedecer a sentenças do Poder Judiciário significa praticar gesto inequívoco de desprezo

inaceitável pela integridade e pela supremacia da Lei Fundamental do país.

As inconsistências acerca de como a teoria da separação de poderes foi recepcionada pela metodologia jurídica têm implicações concretas e não se limita ao desenho institucional brasileiro (ela estava presente já na recepção, pelos federalistas, do modelo de separação de poderes de Montesquieu como se verá a seguir). Com efeito, é possível observar uma reestruturação do sistema de divisão de poderes que abriga em seu cerne uma tendência clara de eliminação do princípio da soberania popular e a consequente inversão deste princípio com uma organização da desconfiança contra o povo.

Ingeborg Maus,³⁷⁸ quando analisa a dificuldade de que a Constituição Europeia levasse à sério o princípio da soberania popular – dado o fato de que, entre outros fatores, a jurisdição a nível europeu e a nível dos Estados-membros não foram o centro do debate constitucional –, destaca a necessidade de se lançar o outro aspecto da soberania popular: “a chance de vinculação dos aparelhos estatais às leis democráticas”.³⁷⁹ Explorar em que termos se estabelece a relação entre o saldo da democratização da legislação e a função judiciária é de extrema importância, especialmente para não se fortalecer a tendência persistente que “conduziu, progressivamente, já dentro dos Estados nacionais, à evolução do direito através da jurisdição às custas da legislação democrática, ou seja, uma tendência a uma dramática reestruturação do sistema de divisão de poderes”.³⁸⁰ Essa tendência ocasiona o indesejável resultado de que as leis percam seu efeito vinculado perante os aparelhos estatais, principalmente quando o próprio Direito assume uma qualidade que implica na ineficácia da legislação democrática e de seus processos de legitimação (como eleições parlamentares ou votações de democracia de base). Nesse desenho, o direito “não-vinculativo” permanece à disposição do aparelho estatal.

³⁷⁸ MAUS, Ingeborg. *Separação de Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórico democrática*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Trad. Adauto Villlela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 17-63. Publicação original: MAUS, Ingeborg. "Zur Ideengeschichte der Gewaltenteilung und der Funktionsweise der Justiz. Eine demokratietheoretische Perspektive". In: Hitzel Cassagnes, Tanja/Schmidt, Thomas (Org.). *Democratie in Europa und Europäische Demokratien*. Fersterschrift für Heidrun Abromeit. Wiesbaden, 2005, pp. 224-262.

³⁷⁹ MAUS, op. cit., p. 17.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 18.

A tentativa de Maus de esclarecer a versão atual do problema está legitimada pela compreensão central da função judiciária para a democracia, de modo que ela deve exigir a condição de Estado de Direito.³⁸¹ A primeira dificuldade reside no acesso seletivo à teoria de separação de poderes, ou seja, a teoria democrática normativa reduz a complexidade do sistema de separação de poderes para se limitar às concepções pré-democráticas e pré-modernas de Montesquieu, exonerando-se de outras contribuições a versões democráticas concorrentes como as de John Locke e Immanuel Kant. Esse acesso seletivo não se deu somente nas relações fáticas de poder do século XX, ela se embute também na “tendência atual em rebaixar drasticamente o nível de pretensão de democracia normativa no contexto da organização transnacional da política”.³⁸² Nestes termos, “a volta de um sistema de separação de poderes ainda impregnado com os estamentos feudais, como o de Montesquieu, encontra-se em pauta sempre onde competências que se sobrepõem em vastas e complexas unidades políticas dificultam a responsabilidade imputável e o controle democrático”.³⁸³

O acesso seletivo à história da teoria de separação de poderes privilegia a concepção de Montesquieu porque, entre outros fatores, ela se tornou o modelo para o sistema presidencial da constituição norte-americana. Na forma dessa Constituição, desenvolveu-se após 1945 um efeito hegemônico, reprimindo inversamente os teóricos democráticos, cujos modelos da separação de poderes foram os primeiros, em geral, a fundamentar teoricamente o parlamentarismo moderno, o qual se encontra na defensiva.³⁸⁴ Há então um antagonismo entre os princípios constitutivos do sistema presidencialista hegemônico e do sistema parlamentarista em perseguição. A partir desse contexto, a contribuição de Ingeborg Maus se assenta precisamente no fato de apontar imprecisões que diagnosticam o problema atual da discussão acerca da separação de poderes bem como fixar uma pretensão normativa de soberania popular que traz à tona o elemento central da democracia na função judiciária.

O modelo proposto por Montesquieu, que originou a teoria mais influente acerca da separação de poderes até hoje, utilizada correntemente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, encontra-se

³⁸¹ *Ibidem*, p. 18.

³⁸² *Ibidem*, p. 19.

³⁸³ *Ibidem*, p. 19.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

diametralmente oposto ao contratualismo de fundamentação democrática dos séculos XII e XIII. Quando Montesquieu assume como ponto de partida a Constituição inglesa, ele parte da premissa de que os princípios asseguradores da liberdade devem ser encontrados na realidade já existente e não elaborados anteriormente.³⁸⁵ Isto é, os princípios são extraídos da natureza das coisas e não de seu preconceito. Conforme sinaliza Maus, o que para Montesquieu consistia em preconceito, para as teorias contratuais do Iluminismo é fundamentado a partir de uma razão precedente a toda experiência.

Nesse sentido, o modelo de Montesquieu descortina um programa de contraste que, segundo Ingeborg Maus, “não contém tanto uma antecipação à moderna disciplina científico-social, mas que, inversamente, remete à moderna ideia da diferenciação interna institucional do poder político ao contexto da organização feudal-estamentária de sua sociedade”.³⁸⁶ A opção de Montesquieu é de uma monarquia “moderada”, em que essa moderação é esperada pelo poder intermediário da nobreza. Para Franciso Weffort,³⁸⁷ a busca das condições de possibilidade de um regime estável, que aponta para os mecanismos de moderação, está presente em dois aspectos da obra de Montesquieu: “a tipologia dos governos, ou a teoria dos princípios e da natureza dos regimes; e a teoria dos três poderes, ou a teoria da

³⁸⁵ Para Montesquieu, as leis são as relações necessárias que derivam da própria natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis. Existe, portanto, uma razão primitiva; e as leis são as relações que se encontram entre ela e os diferentes seres, e as relações destes diferentes seres entre si. Estas regras compreendem uma relação constantemente estabelecida entre um corpo movido e outro corpo movido, de forma que “cada diversidade é uniformidade, cada mudança é constância”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

³⁸⁶ MAUS, op. cit., p. 22.

³⁸⁷ Franciso Weffort afirma que a preocupação central de Montesquieu foi a de “compreender, em primeiro lugar, as razões da decadência das monarquias, os conflitos intensos que minaram sua estabilidade, mas também os mecanismos que garantiram, por tantos séculos, sua estabilidade, e que Montesquieu identifica na noção de *moderação*. A moderação é a pedra de toque do funcionamento estável dos governos, e é preciso encontrar os mecanismos que a produziram nos regimes do passado e do presente para propor um regime ideal para o futuro”. WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”**. São Paulo: Ática, 2000, p. 114.

separação de poderes”.³⁸⁸ Em seu modelo de separação de poderes, Montesquieu localiza esse poder intermediário dentro dos poderes da câmara do legislativo, composto por membros da aristocracia hereditária: “o poder legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo (...) o corpo dos nobres deve ser hereditário”.³⁸⁹ Ou seja, para Montesquieu, a participação dos privilégios no legislativo corresponde à outra posição de primazia no interior de uma sociedade.³⁹⁰ É nesse sentido que Ingeborg Maus sublinha que o esquema de Montesquieu insere no legislativo um critério no qual a votação ocorre “por classes”.

De fato, quando Montesquieu discorre sobre as leis e sua relação com a natureza do governo monárquico consubstancia que, na monarquia, o príncipe é a fonte de todo poder político e civil, de modo que o poder intermediário subordinado mais natural é o da nobreza. De alguma maneira ele entra na essência da monarquia, cuja máxima fundamental é: sem monarca, não há nobreza; sem nobreza, não há monarca; mas tem-se um déspota.³⁹¹ As prerrogativas dos senhores, do clero, da nobreza e das cidades são características desse tipo de governo. Assinala, ainda, que o poder do clero não exerce uma influência de toda má; pelo contrário, constitui uma barreira boa para frear o poder arbitrário. É nesse momento que o filósofo assevera que não basta que existam grupos intermediários, sendo necessário o que ele denomina de um depósito de leis, que deve estar no corpo dos políticos.

Extrai-se que nessa espécie de governo identifica-se o motor como sendo a honra, ou seja, “o preconceito de cada pessoa e de cada condição toma o lugar da virtude política da qual falei e a representa em todos os lugares”.³⁹² Considerando que o governo monárquico supõe preeminências, hierarquia e até uma nobreza de origem, a natureza da honra é requerer preferências e distinções. E, se por um lado a ambição

³⁸⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 114.

³⁸⁹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 172.

³⁹⁰ Veja-se quando Montesquieu afirma: “sempre há, num Estado, pessoas distintas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras; mas se elas estivessem confundidas no meio do povo e só tivesse uma voz como a dos outros, a liberdade comum seria sua escravidão, e elas não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das resoluções é contra elas. A parte que lhes cabe na legislação deve então ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado”. MONTESQUIEU, op. cit., pp. 171-172.

³⁹¹ Cf. MONTESQUIEU, op. cit., p. 26.

³⁹² *Ibidem*, p. 36.

é pernicioso na república, na monarquia ela tem bons efeitos. Nas palavras de Montesquieu: “em termos filosóficos, é uma falsa honra que conduz todas as partes do Estado; mas esta falsa honra é tão útil para o público quanto o teria a verdadeira honra para os particulares que poderiam possuí-la”.³⁹³ É necessário, portanto, que as leis operem para sustentar a nobreza. Para tanto, as leis devem favorecer todo o comércio que a constituição deste governo pode promover para que os súditos possam, sem definhar, satisfazer às necessidades sempre novas do príncipe e de sua corte. Montesquieu sinaliza que o governo monárquico possui uma grande vantagem sobre o republicano: “como os negócios são conduzidos por uma só pessoa, há mais presteza na execução. Mas, como essa presteza poderia degenerar em pressa, as leis lhe fiarão certa lentidão. Elas não devem apenas favorecer a natureza de cada constituição, mas também consertar os abusos que poderiam resultar desta mesma natureza”.³⁹⁴

Segundo Maus, quando Montesquieu estabelece o ponto de referência na natureza das coisas, sendo que nelas é que se podem estabelecer todas as leis e constituições o autor qualifica “estruturas sociais e instituições transmitidas ou dadas como a estrutura primária, da qual derivam, de forma secundária, os diferentes direitos dos indivíduos”.³⁹⁵ Nestes termos, o desenho de separação de poderes traz consequências para o entendimento do direito constitucional como um todo. Para Montesquieu, a Constituição não se baseia nem na livre decisão – que a propósito contém uma inadequação do termo “vontade do legislador”³⁹⁶ – nem na razão dos cidadãos envolvidos ou de uma Constituição normativamente correta. Para Montesquieu, as “leis”, cujo conceito abarca tanto as “leis políticas” quanto as “leis civis de todo povo” consistem de variantes que englobam a natureza do país, o clima, qualidade do solo, localização, tamanho, modo de vida do povo, bem como ao grau de liberdade que seja compatível com a constituição,

³⁹³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 37.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 67.

³⁹⁵ MAUS, op. cit., p. 23.

³⁹⁶ Com aporte em André Masson (*Oeuvres complètes de Montesquieu*, vol. I, Paris, 1950) Ingeborg Maus chama a atenção para a incorporação totalmente inadequada desse termo no contexto, na medida em que destaca que, no original, consta a expressão “l’objet du législateur”, isto é, o objeto do legislador, o que poderia implicar em uma tradução de “objeto do legislador” ou, no máximo, em “finalidade do legislador”. *Ibidem*, p. 24.

religião, costumes (...).³⁹⁷ Todos esses fatores integram o que Montesquieu determinou como o “espírito das leis”.

Isso quer dizer que a não diferenciação entre leis políticas, ou seja, as leis que cunham o governo – qualificado como “constituição” no sentido moderno – e as leis civis devolve o significado de que todas as leis se encontram vinculadas a variados fatores objetivos, na maior parte, constantes, de proveniência social e natural.³⁹⁸ Este é, todavia, o critério normativo da filosofia iluminista, que elimina toda perspectiva voluntarista da livre legislação constitucional. Segundo essa tradição, é esse critério normativo que caracteriza como legítima apenas uma constituição democrática, “segundo o uso corrente da época, republicana, de cidadãos livres e iguais e admite um relativismo em questões constitucionais apenas com respeito à configuração concreta dos princípios democráticos de acordo com a livre decisão dos povos envolvidos”.³⁹⁹ Nestes termos, Montesquieu opta por uma monarquia moderada, que, segundo Maus, é um traço marcante de sua teoria política, que tem implicações normativas direta na teoria da separação de poderes, qual seja, a de que tanto a degeneração despótica da monarquia deve ser impedida quanto a soberania do povo. Para a autora, é esta última intenção formulada pelo autor, sobretudo nos séculos pós-revolucionários, que ganha destaque e se torna atraente no seu modelo de separação de poderes.

Não obstante, há um traço moderno na teoria da separação de poderes de Montesquieu que consiste na ideia fundamental de que o abuso do poder político só pode ser contido quando “o poder impor limites ao poder”.⁴⁰⁰ É nesse sentido que ele “ultrapassa o horizonte de suas premissas teóricas, sendo, pura e simplesmente, moderna”.⁴⁰¹ Em outras palavras, quando Montesquieu argumenta a partir de uma lógica estrutural-procedimental o autor se distancia da restrição tradicional de poder político que, na forma de deveres de virtudes especificados feudalmente, procura efetuar uma autolimitação do poder político. Quando Montesquieu distingue as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição daquelas que a formam em sua relação com o cidadão, inicia definindo o que entende por liberdade,

³⁹⁷ Cf. MONTESQUIEU, op. cit., p. 16.

³⁹⁸ MAUS, op. cit., p. 24.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁰⁰ MONTESQUIEU, op. cit., p. 166

⁴⁰¹ MAUS, op. cit., p. 26.

destacando que “a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”.⁴⁰² Nessa ótica, para que não se possa abusar do poder, é preciso que o poder limite o poder, sendo que a Constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. Para o autor, no primeiro caso, ela é formada por uma certa distribuição dos três poderes; mas, no segundo, deve ser considerada em outra perspectiva: consiste na segurança ou na opinião que se tem de sua segurança

É nessa reflexão que Montesquieu se aproxima dos teóricos contratualistas democráticos na concepção de procedimentalização. Evidentemente, conforme explana Maus, trata-se de um modelo de separação totalmente diferente, também no arranjo puramente institucional, dado que o filósofo divide os três poderes, legislativo, executivo e judiciário de modo a separar a ocupação pessoal dos poderes e não a divisão funcional, cuja correspondência é rigorosamente exigida pelos contratualistas democráticos e pela estrutura constitucional de um sistema parlamentar de separação de poderes.⁴⁰³ Não obstante, o que está embutido nessa separação por ocupação pessoal em detrimento de uma separação relativa às diversas funções dos poderes é o princípio da incompatibilidade, em que a relação de “cooperação forçada”⁴⁰⁴ entre legislativo e executivo na visão de Montesquieu insere o executivo na função de participar como legislador negativo na função legislativa – no direito de veto do monarca contra as leis do legislativo. Nas palavras de Ingeborg Maus:

O que Montesquieu aqui critica com tanta veemência como aniquilador da liberdade nada mais é do que um princípio central no parlamentarismo moderno, consoante o qual a responsabilidade do governo perante o parlamento é institucionalizada precisamente pelo fato de que a cadeira do governo se encontra no parlamento. Assim, tanto sob este último aspecto, quanto na exigência de Montesquieu do veto do executivo na legislação evidencia-se uma diferença essencial entre o sistema de separação de poderes

⁴⁰² MONTESQUIEU, op. cit., p. 166.

⁴⁰³ Cf. MAUS, op. cit., p. 27.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 27.

parlamentarista e o presidencialista (em Montesquieu ainda monárquico-constitucional): o primeiro se baseia na separação das funções, o segundo no mandamento da incompatibilidade.⁴⁰⁵

Ao discorrer sobre a Constituição da Inglaterra, Montesquieu explana que existem em cada Estado três tipos de poder. No primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. No segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Finalmente, no terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Denominou em relação a este último o poder de julgar e, ao outro, simplesmente poder executivo do Estado.⁴⁰⁶

Montesquieu evidencia que dos três poderes mencionados o de julgar é, de alguma forma, nulo. Desta forma, restam dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito. Este corpo de nobres deve ser hereditário, mas como poderia ser induzido a seguir seus interesses particulares argumenta-se a necessidade de que nas coisas em que se tem muito interesse em corrompê-lo, como nas leis que concernem à arrecadação de dinheiro, ele só participe da legislação por sua faculdade de impedir, e não de estatuir.⁴⁰⁷ Diante disso, estabelece-se que o poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, “porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários; ao passo que o que depende do poder legislativo é com frequência mais bem ordenado por muitos do que por um só”.⁴⁰⁸ Quanto ao funcionamento do corpo legislativo, Montesquieu considera que:

[...] O corpo legislativo não deve convocar a si mesmo, pois se considera que um corpo só tem vontade quando está reunido; e, se não se

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁰⁶ Cf. MONTESQUIEU, op. cit., pp. 167-168.

⁴⁰⁷ “Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem; o que era o poder dos tribunos de Roma”. MONTESQUIEU, op. cit., p. 172.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 172.

convocasse unanimemente, não se saberia dizer que parte seria verdadeiramente o corpo legislativo: a que estivesse reunida, ou aquela que não estivesse. Se possuísse o direito de prorrogar a si mesmo, poderia acontecer que não se prorrogasse nunca, o que seria perigoso no caso em que quisesse atentar contra o poder executivo. Além disso, existem períodos mais convenientes do que outros para a reunião do corpo legislativo: logo, é preciso que seja o poder executivo que regulamente a época e a duração destas assembleias, em relação às circunstâncias que conhece”.⁴⁰⁹

Eis então a constituição fundamental do governo: sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. “Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente”.⁴¹⁰ Este constitui, conforme Maus, o traço pré-moderno de Montesquieu, cuja orientação renuncia por completo a uma diferenciação funcional entre legislativo e executivo, constituindo um modelo que “cruza poderes”. Ironicamente, a Inglaterra já aboliu de sua *práxis* constitucional os elementos mais fortemente enfatizados por Montesquieu quando ele ainda os supõe lá. Esses aspectos foram incluídos de forma idêntica na constituição dos Estados Unidos, ou seja, direito de veto do executivo conta o legislativo e separação pessoal entre legislativo e executivo.

O modelo de separação de poderes no sistema parlamentarista compreende uma institucionalização representativa do princípio da soberania popular. Do fato de o parlamento concentrar em si todo o poder de legislação resulta na ideia de indivisibilidade da soberania do povo, “identificada pelos contratualistas como a competência para a legislação”.⁴¹¹ Nestes termos, Maus pontua: “a versão de separação dos poderes parlamentarista, baseada na soberania popular, tem uma estrutura de controle (e legitimação) vertical, que transcorre de baixo

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 173.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 176.

⁴¹¹ MAUS, op. cit., p. 29.

para cima: o povo controla, de forma ideal, o parlamento, o parlamento controla o governo”.⁴¹² Em contrapartida, o modelo de Montesquieu caminha para um polo oposto de sistema vertical de legitimação, uma vez que ele “não separa realmente (segmentariamente) os poderes, mas a soberania”.⁴¹³ Deste modo,

(...) os poderes separados unicamente de forma pessoal trabalham no mesmo âmbito funcional da legislação, concorrendo, assim, uns com os outros como fatores de poder parcialmente soberanos, eles se mantêm mutuamente dentro de certos limites. O legislativo e o executivo estão também obrigados através de um direito de veto unilateral a uma cooperação moderada; dentro do legislativo, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Pares (ocupada pela nobreza) inibe-se pelo direito de veto recíproco.⁴¹⁴

Caracteriza-se, aqui, o que Maus denomina de monarquia moderada de equilíbrio horizontal dos poderes de Montesquieu em que a “liberdade dos súditos” é assegurada. E é nesse desenho que se encontra o fundamento da percepção atual de separação de poderes, consubstanciada na institucionalização horizontal de verificações e balanços, isto é, a redução do sistema ao denominado “*checks and balances*”.⁴¹⁵ Não obstante, é exatamente no que tange à definição da posição do Judiciário na teoria de Montesquieu – que ultrapassa radicalmente o modelo de cunho feudal-estamentário – que “atualmente, sob o signo de uma refeudalização⁴¹⁶ das condições e dos paradigmas políticos” os aspectos traçados pelo filósofo são esquecidos ou reprimidos. Diferentemente da divisão de poderes por ocupação pessoal relativamente ao legislativo e ao executivo, Montesquieu diferencia precisamente a posição do judiciário de acordo com seu modo de funcionamento na medida em que estabelece que a justiça incorpora um

⁴¹² *Ibidem*, p. 29.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 29.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁴¹⁶ Com base no diagnóstico prematuro da refeudalização moderna na análise de Max Weber da evolução do direito desde o início do século XX. *Ibidem*, p. 29.

poder distinto porque a ela cabe a tarefa exclusiva de aplicação do direito, mas não de criação. Segundo Maus, “esta divisão funcional é assegurada pela exigência de um método jurídico que sobrepuja rigorosamente a opção jurídico-positivista da vinculação judicial à lei”.⁴¹⁷ É o que se verifica nos escritos de Montesquieu quando identifica a liberdade política em um cidadão quando a tranquilidade repousa da opinião que cada um tem sobre a sua segurança. Para tornar possível essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Decorrente disso, afirma que não existe liberdade quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo. Isso porque “se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.⁴¹⁸ De igual modo, inexistente liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo, pois “se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.⁴¹⁹

Montesquieu entende que a liberdade dos cidadãos diante de abusos estatais arbitrários, em todo caso, é protegida quando a justiça tem uma vinculação legal. É nesse sentido a afirmação do filósofo de que não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Contudo, essa frase de Montesquieu, conforme sinaliza Maus, “é hoje lida não somente no sentido da independência judiciária de diretivas concretas dos outros poderes – ademais, uma intenção muito importante que esta declaração possui – mas também como postulado da autarquia judiciária voltado diretamente contra o legislativo”.⁴²⁰

Em Montesquieu o sentido da função judiciária é exatamente oposto à ideia de autoabastecimento de normas jurídicas pelo judiciário, uma vez que ele associa a liberdade dos cidadãos com a segurança jurídica por meio de leis fixadas, isto é, pela vinculação legal da

⁴¹⁷ MAUS, Ingeborg. Separação de Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Trad. Aduino Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 30.

⁴¹⁸ MONTESQUIEU, op. cit., p. 168.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 168.

⁴²⁰ MAUS, op. cit., p. 30.

justiça⁴²¹. Ao diferenciar as formas de governo que propiciam mais liberdade e outras que são hostis à liberdade, Montesquieu estabelece a república como correspondente da “essência da constituição o juiz se ater à letra da lei. Não existe cidadão algum, em detrimento do qual uma lei possa ser interpretada, quando se tratar de seu patrimônio, de sua honra ou de sua vida”⁴²².

A interpretação segundo a qual o judiciário, na teoria de Montesquieu, seria o poder que menos necessitaria de moderação não encontra respaldo em seus textos. Conforme explana Maus, Montesquieu constrói um catálogo de exigências contra a justiça⁴²³ de modo que o judiciário se aproxime de uma certa invisibilidade, convertendo-se a um nada.⁴²⁴ Contudo, o entendimento diametralmente oposto quando ao poder judiciário já foi incorporado nos autores da Constituição norte-americana. Os federalistas, considerando a afirmação de Montesquieu de que o poder judiciário se tornaria um nada, justificaram essa debilidade com a necessidade de um poder judiciário extremamente forte, compensando por meio de medidas que possibilitariam a permanência no cargo, como juízes de carreira e nomeação vitalícia, competência do poder jurisdicional de exame de leis e possibilidade de declaração de nulidade.⁴²⁵ “Assim, a sujeição

⁴²¹ “Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. MONTESQUIEU, op. cit., p. 170.

⁴²² MONTESQUIEU, op. cit., p. 171.

⁴²³ “As limitações do poder do sistema de separação dos poderes não estão endereçadas apenas, como pôde ser visto, contra o legislativo e o executivo, mas também contra a justiça, isto é, o juiz não pode ser simultaneamente legislador; a teoria fonográfica da aplicação do direito submete completamente o juiz à diretiva da lei, as opções processuais adicionais de Montesquieu exigem a substituição de juízes de carreira por pessoas retiradas “do meio do povo”, para reagir contra a autonomização da casta profissional de juízes e a fixação institucional de tribunais, assim como o direito dos acusados em escolher mais uma vez entre os juízes escolhidos dentre o povo. MAUS, op. cit., p. 31.

⁴²⁴ MAUS, op. cit., p. 31.

⁴²⁵ Conforme assinala Francisco Weffort quando realiza uma leitura acerca “O Federalista”, a adoção do princípio da separação dos poderes (de Montesquieu) justifica-se como uma forma de se evitar a tirania. Contudo, como um equilíbrio perfeito entre as forças opostas é impossível em um governo, “para cada forma de governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade”. Assim, uma forma de deter o poder legislativo se

montesquiana da justiça à lei é invertida na sujeição do legislativo à justiça”.⁴²⁶ Nestes termos, essa visão mais vigorosa da teoria de separação de poderes de Montesquieu é que suplantou progressivamente no século XX o modelo concorrente do sistema parlamentarista.

Maus sinaliza que a compreensão da variante democrática da separação de poderes implica em estabelecer os conceitos de soberania e, especificamente, de soberania popular. Para Montesquieu, optar exclusivamente pela República ao invés da Monarquia compreenderia “confundir o poder do povo com a liberdade do povo”.⁴²⁷ E é exatamente nessa identificação que o pressuposto da soberania popular se assenta. Essa correspondência entre o poder e liberdade enquanto categorias que se implicam mutuamente reside não em uma garantia defensiva dos cidadãos em face do aparelho estatal, mas em um controle do poder que se localiza na base da sociedade, cuja exigência é o pressuposto da proteção da própria liberdade do povo, os quais participam do processo legislativo e titularizam, legitimamente, o direito que os órgãos estatais observem sua vontade, ou seja, “apliquem as leis democráticas ou só atuem nos moldes dessas leis”.⁴²⁸

Diferentemente de como pensou Schmitt – para quem a soberania é caracterizada no momento de revogação do direito positivo –, Ingerborg Maus estabelece que o conceito de soberania surge exatamente no momento histórico em que o direito é reconhecido, de modo que só se fala em soberania “a partir do surgimento da plena positivação do direito”.⁴²⁹ A identificação da soberania com a função legislativa forçou os teóricos absolutistas a refletirem sobre a relação entre os poderes estatais, ainda que não se pensasse em termos da exigência da separação de poderes. Mesmo na obra *O Leviatã*, quando

obtm pelo reforço de outros poderes. Nestes termos, assevera o cientista político: “o judiciário, necessariamente o ramo mais fraco porque destituído de poder de iniciativa, merece cuidados especiais para que sua autonomia seja garantida. Este é um ponto defendido com ênfase por Hamilton, que chega, em passagens de ‘O Federalista’ n. 78, a atribuir à Corte Suprema o poder de interpretação final sobre o significado da Constituição. Esta importante atribuição da Corte Suprema, no entanto, não é defendida consistentemente por qualquer um dos três autores e veio a ser incorporada posteriormente às prerrogativas próprias à Corte Suprema”. WEFFORT, op. cit., pp. 251-252.

⁴²⁶ MAUS, op. cit., p. 32.

⁴²⁷ MONTESQUIEU, op. cit., p. 166.

⁴²⁸ MAUS, op. cit., p. 34.

⁴²⁹ MAUS, op. cit., p. 36.

Thomas Hobbes discorre acerca da exigência concernente ao exercício do poder do soberano, estabelece que “só poderia exercer seu poder através de leis, as quais ele executaria, a seguir, como detentor do monopólio do poder”.⁴³⁰ Essa conotação de Estado de direito do conceito absolutista de soberano – na diferenciação temporal entre criação e aplicação do direito a partir de exigências encontradas na própria teoria de Hobbes⁴³¹ – explica, para Maus, a sua exigência veemente por um código escrito. Na determinação funcional da justiça – que caracterizou também a virada moderna de Montesquieu na teorização sobre a função da justiça – “Hobbes vê, em um absolutismo ademais de forma alguma ‘moderado’, a liberdade dos súditos garantida pelo fato de que eles podem fazer tudo o que a lei não proíbe expressamente”.⁴³² Vislumbra-se na teoria de Hobbes a exigência de igualdade perante a lei, de modo que a igualdade na aplicação judicial do direito é inserida pelo filósofo no objetivo central da instituição do Estado (a paz e a segurança do povo), na medida em que faz constar que “a tarefa do soberano (...) resulta do objetivo, para o qual lhe foi confiado o poder soberano, ou seja, cuidar da segurança do povo”.⁴³³

[...] soberania é idêntica à função da legislação. É exatamente pelo fato de que a soberania, isto é, a legislação, é transferida, na transição para a democracia, do ápice do Estado para a base, enquanto o monopólio do poder permanece na frente executiva, que a execução da soberania popular implica necessariamente a execução da separação de poderes. [...] soberania popular nada mais significa que a legislação compete “indivisamente”, ou seja, exclusivamente ao povo,

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁴³¹ Ingeborg destaca algumas exigências presentes em Hobbes que se associam ao Estado de direito, como “a publicidade na publicação de todas as leis, a supressão de leis existentes exclusivamente através de novos atos de lei, a proibição de leis retroativas e a rigorosa vinculação da justiça à lei”. *Ibidem*, p. 37.

⁴³² “Quanto às outras liberdades, dependem do silêncio da lei. Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conformemente a sua discricão”. HOBBS apud WEFFORT, op. cit., p. 37.

⁴³³ MAUS, op. cit., p. 38.

isto é, aos não funcionários em oposição aos titulares de função pública do monopólio executivo do poder, de modo que toda ação do poder público é controlada e dirigida pela base social.⁴³⁴

Nestes termos, o princípio da soberania estabelece duas assimetrias contrárias. A primeira, que estabelece o risco de os cidadãos de um Estado permanecerem submetidos ao monopólio do poder estatal se opõe à segunda, qual seja, a sujeição dos aparelhos estatais à soberania do povo. A primeira consequência desse desenho assimétrico consiste no fato de que é nessas assimetrias que se constitui o fundamento da inviabilidade de uma separação de poderes fundada em um equilíbrio horizontal, exigindo “uma disposição hierárquica de poderes”.⁴³⁵ A segunda consequência diz respeito à possibilidade de determinação inteiramente funcional da separação de poderes, ou seja, como ao povo ou aos seus representantes no poder legislativo compete apenas o ato legislativo, “a soberania indivisa do ato de legislar tem seu ‘limite’ na proibição de regulamentações individuais, as quais recaem exclusivamente sob a competência dos aparelhos de aplicação do direito (executivo e justiça)”.⁴³⁶ Dessa forma, a juridicização total dos aparelhos estatais aliada à garantia de espaços que permaneçam não juridicizados para inovações modificadoras do direito pelo povo são exigências do controle eficiente do risco tomado pelo monopólio estatal do poder.

[...] a premissa normativa da não-disponibilidade do procedimento democrático da legislação tem várias implicações. Ela acentua a destacável posição do legislador em relação aos demais poderes, ou seja, a irredutibilidade da soberania popular indivisa e, simultaneamente, a imprescindibilidade da divisão de poderes funcionais específicos no ordenamento hierárquico de instâncias do Estado de direito. Essa premissa destaca concomitantemente a procedimentalização democrática do ato

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 39.

legislativo com respeito a direitos de participação e chances de comunicação iguais como a verdadeira garantia da racionalidade de leis assim deliberadas.⁴³⁷

Segundo Jeremy Waldron, a questão de legitimidade política dos procedimentos decisórios em face da discordância sobre resultados implica em reconhecer que mesmo que um cidadão ou grupo discorde do resultado, ele pode ser capaz de aceitar que se chegou a ele de maneira imparcial. Sobre o assunto, Maus sublinha: “o princípio de soberania popular implica justiça de procedimento, não supondo, assim, de modo algum que o povo seja bom”.⁴³⁸ Isto quer dizer que a teoria precisa dar conta de defender não apenas a qualidade de membro de grupo privilegiado que decide, mas também do procedimento decisório legítimo. Sendo assim, “a teoria de uma resposta baseada no processo como essa é a teoria da legitimidade política”.⁴³⁹

A releitura de Ingeborg Maus acerca da teoria política de Montesquieu de um modelo de separação de poderes aponta consequências concretas para a relação que se estabeleceu também no contexto brasileiro, especificamente quanto aos poderes Legislativo e Judiciário. A primeira delas diz respeito à uma divisão funcional de poderes, que, como assevera Waldron, não se limita pura e simplesmente à identificação da separação de poderes com o princípio de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁴⁴⁰, que é a ideia de que o

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁴³⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1387. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, tradução nossa.

⁴⁴⁰ Roberto Gargarella, ao conceber a possibilidade de defender o ideal dos radicais de ter um sistema majoritário e debates judiciosos, assinala que os liberais orgulhosamente defendem o esquema de freios e contrapesos mostrando os incentivos que ele proporciona para a adoção de decisões bem fundamentadas e pensadas – virtudes que, aparentemente, qualquer sistema alternativo teria problemas para garantir. As razões pelas quais o sistema de freios e contrapesos favorece a adoção dessas virtuosas decisões são diversas e se contrapõem as razões pelas quais muitos radicais resistiram à posição liberal. Em apertada síntese, “os liberais defendem que a existência de múltiplas

exercício do poder de um deve ser verificado e balanceado pelos outros, ou com o princípio do poder disperso, que é a ideia de evitar a concentração de poder em uma só pessoa ou um só grupo.⁴⁴¹ Da noção de uma divisão funcional emerge a ideia da atribuição qualitativa da função que um poder deve exercer. Nestes termos, a diferenciação de um poder dentro de uma República não se refere apenas ao que ele não pode fazer, mas principalmente ao que ele é estruturado para desempenhar. Se em Montesquieu o legislativo fora diferenciado a partir de uma ocupação pessoal do poder, isto é, uma divisão de classes cujos integrantes do legislativo consistiriam a nobreza, no judiciário a especificação fora funcional, no sentido de um desempenho de função que esteja estritamente vinculada à lei.

A reprodução calcada no modelo de Montesquieu na aplicação da Constituição brasileira quanto às imunidades parlamentares parece suprimir a exigência que o próprio filósofo direciona ao poder judiciário enquanto órgão de características expressamente funcionais, qualificando também a Corte Constitucional a partir de premissas de diferenciação de caráter pessoal, tal qual a estruturação do legislativo previsto por Montesquieu. Quando o Supremo Tribunal Federal se fundamenta na lógica da separação de poderes para decidir com base em parâmetros fora da Constituição não é o respeito à divisão de poderes que está sendo reforçado, mas exatamente o seu desequilíbrio, que,

verificações desacelera o processo de tomada de decisão, algo que parece muito importante considerando os males que se associa razoavelmente a decisões ‘precipitadas’, ‘repentinas’, ‘impulsivas’; ainda, que “o fato de as leis terem de ir e voltar parece importante para forçar os funcionários públicos a ‘pensarem duas vezes’”; por fim, “é importante que todos os projetos legislativos sejam examinados por muitos “olhos” diferentes: esses ‘olhos’ diferentes podem ajudar a ‘refinar’ o conteúdo dos projetos, adicionando ou modificando aspectos que (por qualquer motivo) não foram inicialmente considerados. Os radicais resistem a esses argumentos não porque ignoram a importância de argumentos prévios. Entre outros fatores, “para muitos radicais, o principal objeto de preocupação residia em outro lugar: eles queriam preservar seu compromisso com a regra da maioria e consideravam que o sistema liberal não honrou corretamente isso”. GARGARELLA, Roberto. *The majoritarian reading of the rule of law*. In: MARAVALL, Jose Maria; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Rule of Law**. New York: Cambridge University Press, 2003, pp. 153-154.

⁴⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 47.

nesse contexto, se estabelece a partir de um pressuposto de horizontalidade dos poderes.

Essa correção de assimetria com base em princípio de simetria horizontal de poderes inverte as assimetrias intrínsecas ao controle democrático pautado no princípio da soberania popular, que, conforme destaca Ingerbog Maus, resulta na inviabilidade de uma separação de poderes fundada em equilíbrio horizontal, bem como à possibilidade de uma diferenciação de poderes estritamente funcional. Com efeito, ao risco de os cidadãos estarem submetidos ao monopólio do poder estatal se associa, invariavelmente, o risco de sujeição do aparelho estatal à soberania do povo. A variante do risco é a mesma. Nestes termos, sendo o risco de caráter eminentemente vertical, seus mecanismos de contenção devem, inevitavelmente, ser erigidos também verticalmente.

Em que pese a fundamentação das decisões acerca das garantias parlamentares seja embasada, entre outros motivos, na separação de poderes – como forma de restabelecer o equilíbrio entre judiciário e legislativo –, o Supremo Tribunal Federal não está, de fato, aplicando a teoria de separação de poderes. Isso porque a Corte não cumpre a função judiciária quando se desvincula da Constituição para decidir, ainda que os fins sejam “justos”. Dado que o judiciário, no modelo original de separação de poderes, foi concebido como um poder inevitavelmente vinculado à lei, e por esse motivo, aliado a ideia de Estado de direito, a subversão dessa qualidade resulta invariavelmente em um poder desequilibrado.

Aliado a isso, é consequente que permanece, no Supremo Tribunal Federal, a noção de uma diferenciação de caráter pessoal no poder legislativo. De fato, parlamentares são pessoalmente responsabilizáveis perante os representados, pois a forma como exercem a representação, direcionando projetos de lei sobre alguns conteúdos e não sobre outros, implica em ganhar uma parte do eleitorado e perder outra, dado o desacordo persistente sobre direitos. Assim, se o povo não identifica nos parlamentares a representação de seus interesses, a não reeleição é uma consequência esperada – ainda que não seja certa. Contudo, é cediço que, em uma democracia representativa, o controle da representação democrática pertence legitimamente ao povo.

Quando o Supremo Tribunal Federal decide casos com base em critérios que extrapolam as normas constitucionais ele também subverte a lógica da separação de poderes na medida em que outorga a si próprio a competência de corrigir as idiosincrasias da representação política. Nestes termos, a Corte viola a separação de poderes porque identifica no Legislativo não um aspecto funcional de um órgão orientado a produzir

legislação e que deve observar, portanto, o devido processo legislativo, mas controla parlamentares pessoalmente, sob argumentos morais e políticos, retendo em uma instituição não eleita a autoridade soberana popular. Com isso, assume enquanto função da Corte a atribuição de controlar pessoalmente o Legislativo, prerrogativa do povo, e subverte o controle vertical em controle horizontal de poderes sob os pilares de freios e contrapesos.

Os casos trabalhados são ilustrativos dessa dinâmica. A ausência de um critério definido sobre a interpretação da inviolabilidade (como explicitado no caso Jair Bolsonaro), que oscila entre presença e ausência de nexos de causalidade, incidência ou não do local em que as declarações foram manifestadas, peso para o abrangência do meio de comunicação em que a declaração foi veiculada, explicita o consequencialismo com que as imunidades parlamentares estão sendo interpretadas pela Corte. As sucessivas inversões de posicionamento quanto ao entendimento da imunidade material reforçam sobremaneira a insegurança jurídica. Bustamante e Freitas já identificaram, especialmente no tratamento de questões políticas, considerando a hiperjudicialização da política e a pouca blindagem no desenho institucional das práticas da Corte, que “os mesmos fatores que têm provocado um fortalecimento e uma expansão exagerada da jurisdição constitucional podem constituir um risco para a autoridade do Supremo Tribunal Federal⁴⁴². De fato, a ampliação de poderes do Supremo Tribunal Federal parece impactar na coerência de suas próprias decisões.

O caso Renan Calheiros talvez seja o mais explicitamente expressivo do desequilíbrio de poderes em comento. Com o deferimento da medida cautelar monocrática para afastar o Senador da Presidência do Senado, mantendo apenas seu mandato parlamentar (decisão mais branda do que a de Eduardo Cunha), o Senado reagiu fortemente à decisão, esvaziando da autoridade do Supremo Tribunal Federal ao recusar-se a dar cumprimento à ordem de destituição do Presidente da Casa⁴⁴³, o que gerou um “acirramento da crise política, com tensões

⁴⁴² FREITAS, Graça Maria Borges De; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. **Cadernos Adenauer XVIII**, nº 1, 2017, p. 196.

⁴⁴³ GARCIA, Gustavo Garcia; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. **G1 – Política**. Brasília, 6 dez. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan->

diretas entre o Legislativo e o Judiciário”.⁴⁴⁴ Em documento assinado pela Mesa Diretora do Senado em que o Senado decide descumprir ordem judicial do ministro Marco Aurélio Mello consta o impacto da decisão do STF nas atividades legislativas, bem como a necessidade de assegurar ao Senador as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que “nem o Presidente nem a mesa do Senado foram notificados para participar da ADPF”. Constou, ainda, a previsão constitucional do princípio da independência e harmonia entre os poderes constituídos, bem como o direito privativo dos parlamentares de escolherem seus dirigentes. Considerando que “não há previsão de sucessão presidencial pelo Presidente do Senado”, a Mesa da Casa decidiu aguardar a deliberação final do Pleno da Corte e conceder prazo regimental ao senador Renan Calheiros para apresentação de defesa.⁴⁴⁵

Nesse atrito, observa-se “um pronunciamento inequívoco do Senado Federal contra o uso que se tem feito no STF dos poderes cautelares monocráticos do Relator, sinalizando que, no entendimento da Casa, apenas o Tribunal Pleno teria legitimidade para tal decisão”.⁴⁴⁶ Vale ressaltar, conforme analisa Bustamante e Freitas, a própria controvérsia do argumento de existência de lacuna jurídica quanto à possibilidade de um ocupante do cargo apto a substituir eventualmente o Presidente da República figurar como réu na Corte ao pretender uma equiparação de situações diversas – entre as regras estabelecidas para o recebimento de denúncia contra parlamentares e as regras para o Presidente. Com efeito, “ainda que se entendesse que houvesse silêncio constitucional no ponto examinado, o que se entende que não é o caso,

senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁴⁴ FREITAS; BUSTAMANTE, op. cit., p. 205.

⁴⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. **Decisão da Mesa do Senado Federal**. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/renan-calheiros/decisao-da-mesa-do-senado-federal-em-face-da-decisao-do-ministro-marco-aurelio-mello>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁴⁶ FREITAS; BUSTAMANTE, op. cit., p. 205. Sobre o assunto, veja-se: HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Lívia da Silva Ferreira. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 268-283, jan./dez. 2015.

nem todo silêncio deve ser interpretado como falta de normatividade”.⁴⁴⁷

Se os fins justificam os meios, então a tese de José María Maravall de que o estado de direito é utilizado como uma arma política e a tensão entre constitucionalismo e democracia não passa de um estereótipo normativo⁴⁴⁸ parece encontrar evidências empíricas. Notadamente quando o princípio democrático, pautado pela soberania popular, não constitui um fim em si mesmo, é que o argumento de freios e contrapesos encontra guarida para legitimar decisões de flagrante ingerência de um poder da República em outro. Como ressalta Nadia Urbinati, a democracia é o governo que reage à opinião pública e a liberdade política reside na possibilidade de se discutir questões sensíveis em um fórum público e imparcial. Evidentemente, “pela razão de diferentes instituições poderem produzir resultados diferentes, defender a legitimidade de uma dada instituição ou processo envolve demonstrar que tal instituição ou processo é ou poderia ser mais imparcial do que outros disponíveis e que poderiam chegar à decisão contrária”.⁴⁴⁹ Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal enquanto órgão de cúpula do poder judiciário, dotado de independência, deve definir os pressupostos sob os quais seus procedimentos são mais ou menos justificáveis frente à discordância moral persistente. E, neste ponto, ampliar sua competência enquanto fórum último de discussão acerca de questões políticas sensíveis, sem os controles previstos pelo princípio democrático e pela separação de poderes, tende a torná-lo um poder eminentemente antidemocrático.

⁴⁴⁷ FREITAS; BUSTAMANTE, op. cit., p. 207.

⁴⁴⁸ MARAVALL, José Maria. The Rule of Law as a Political Weapon. In MARAVALL, Jose Maria; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Rule of Law**. New York: Cambridge University Press, 2003.

⁴⁴⁹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1389. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yylj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, p. 138, tradução nossa.

4.2 *QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES*⁴⁵⁰: A IMUNIDADE DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL NA DIFICULDADE “CONTRADEMOCRÁTICA”

O modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*) – bem como a previsão de direitos individuais arraigados protegidos por um judiciário que seja independente – é uma das características da visão de Estado de direito⁴⁵¹ dos sistemas políticos liberais. Muitos dos que compartilham dessa visão tendem a avaliar o majoritarismo⁴⁵² como uma ameaça ao Estado de direito, assumindo que uma democracia “mais majoritária” resultaria, necessariamente, em um governo arbitrário, cujo resultado contemplaria duas características que se associam à democracia majoritária, conforme pontua Roberto Gargarella: “a tendência a produzir decisões ‘precipitadas’ e sua inerente incapacidade de estabelecer controles institucionais adequados, isto é, estabelecer

⁴⁵⁰ Expressão latina do poeta romano Juvenal que significa “Quem vigia os vigilantes?”.

⁴⁵¹ Por Estado de direito, compreende-se a aplicação de leis que foram publicamente promulgadas e aprovadas de maneira preestabelecida; seu caráter de prospecção (*nulla poena sine lege*), de generalidade (como os casos são tratados da mesma forma), estabilidade, clareza e ordenação hierárquica (as normas mais específicas se conformam às mais gerais). Ainda, que essas leis são aplicadas a casos particulares por tribunais independentes dos governantes políticos e abertos a todos, cujas decisões respondem a exigências processuais, e que estabelecem culpa por meio do processo ordinário de julgamento. MARAVALL, José María. *The Rule of Law as a Political Weapon*. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 261.

⁴⁵² Por sistema majoritário, Gargarella concebe, com base no que Thomas Jefferson denominou de “governo republicano”, quando em uma composição de governo o elemento da eleição e controle popular é mais acentuado. Nas palavras do autor: “segundo Jefferson, um governo republicano era ‘pura e simplesmente...um governo por seus cidadãos em massa, atuando direta e pessoalmente, segundo as regras estabelecidas pela maioria’. Levando em conta essa definição geral, Jefferson afirmou que os governos eram ‘mais ou menos republicanos, pois eles têm mais ou menos o elemento de eleição popular e controle em sua composição’. Similarmente, eu me refiro à ideia de ‘governo majoritário’ levando em consideração o ideal jeffersoniano do governo republicano”. GARGARELLA, Roberto. *The Majoritarian Reading of the Rule of Law*. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 147.

controles sobre a vontade da maioria”.⁴⁵³ Nesse sentido, “a democracia majoritária, portanto, está diretamente associada a uma ‘maioria não fiscalizada’, isto é, um regime ‘populista’ – no final, o colapso do estado de direito”.⁴⁵⁴

A tradição do constitucionalismo liberal normalmente inclui duas tarefas: uma que estabelece a organização do governo – que, usualmente, organiza o sistema de freios e contrapesos, veto do executivo e um judiciário que carrega o papel de preservar a supremacia da Constituição; e outra que estabelece direitos invioláveis – concernente a um catálogo de direitos civis e políticos. Para aqueles que se associam à organização política liberal como um espaço em que o Estado de direito prevalece, “qualquer desvio do sistema de freios e contrapesos aparece como uma grave ameaça à permanência do Estado de Direito”.⁴⁵⁵ Essa ameaça transfigura-se na crença de que os poderes seriam concentrados nas mãos de poucas pessoas ou estariam à mercê de excessos do ramo do poder mais perigoso, isto é, o poder legislativo, violando, assim, o Estado de direito.

Conforme observam Leonardo Avritzer e Marjorie Corrêa Marona, a estabilidade compreende um traço marcante do constitucionalismo da tradição liberal, isto é, o constitucionalismo seria, assim, a expressão de um conjunto de regras estruturado para conter a discricionariedade e a negociação de interesses. Decorrente disso, opõe-se “o reino da política, das paixões, dos particularismos, ao do direito, da razão, dos princípios”.⁴⁵⁶ Nestes termos uma das funções mais relevantes das restrições advindas dessa inspiração constitucional é a constituição de obstáculos à construção de futuras decisões majoritárias.⁴⁵⁷

Os federalistas, durante a origem do constitucionalismo nos Estados Unidos⁴⁵⁸ assumiram que o estabelecimento do Estado de

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 148, tradução nossa.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 148, tradução nossa.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 149, tradução nossa.

⁴⁵⁶ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 15, set./dez. 2014, p. 71.

⁴⁵⁷ ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 88.

⁴⁵⁸ Leonardo Avritzer e Marjorie Corrêa Marona ressaltam, com aporte em Stephen Holmes, que “o processo de formação de uma Constituição e de um governo nacional nos Estados Unidos foi muito menos consensual do que

direito foi ameaçado por dois males igualmente indesejados: o risco da tirania e o risco da anarquia.⁴⁵⁹ Essas duas visões constituíram o que Roberto Gargarella denominou de concepção conservadora-autoritária e concepção populista de constituição, respectivamente. De acordo com a primeira visão, a constituição deve assegurar estabilidade política e respeito a certos valores predefinidos, como a concentração de poderes nas mãos de uma pessoa ou grupo, executivos fortes acompanhados por legislaturas pequenas e fracas, com poucos poderes e sujeitas à autoridade presidencial, adoção de severas restrições a direitos individuais, especialmente o direito de eleger representantes e direitos associados à liberdade de expressão.⁴⁶⁰ Ou seja, “o respeito por tais liberdades era geralmente condicionado ao respeito pela ordem política e pelos valores morais preferidos do estado”.⁴⁶¹ A segunda alternativa compreende a ideia de que a constituição deveria nutrir o autogoverno e fortalecer a vontade da maioria. Nesse sentido, teóricos da tradição populista não estavam abertamente hostis a direitos individuais, mas assumia que esses direitos eram dependentes da vontade da maioria – cuja posição foi levada a cabo pelos liberais para afirmar que essa concepção se mostrava desrespeitosa no que tange ao tratamento de

alguns autores apontam. A convenção constitucional se organizou sobre a sombra de diferentes concepções de constitucionalismo, tendo vindo a prevalecer aquela defendida pelos Federalistas, em contornos emprestados por Madison, para quem o majoritarismo de uma geração não constitui elemento suficiente para a revisão constitucional, sendo útil, ademais, para as gerações futuras que estejam pré-comprometidas com um certo arranjo constitucional”. AVRITZER; MARONA, op. cit., p. 72.

⁴⁵⁹ No “Federalista n. 10” Madison destaca que, se uma facção integra a maioria, uma possível solução para controlar a violência das facções se encontra no princípio republicano, em que o partido majoritário, por meio do voto, derruba projetos inconvenientes. Por outro lado, se uma facção integra a maioria, então a forma de governo popular se apresenta como saída, na medida em que obriga o resguardo do bem público e dos direitos individuais em detrimento de paixão pelo poder ou a interesses particulares. Nessa ocasião, ressalta que esse objetivo pode ser atingido através de dois meios: ou se evita a ocorrência da permanência dessas paixões ou interesses por parte da maioria ou esta maioria deve ser, de alguma forma, incapaz de executar situações de opressão. HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, pp. (nº 10, 45, 48, 51).

⁴⁶⁰ GARGARELLA, op. cit., p. 149.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 149, tradução nossa.

direitos individuais, bem como incapaz de assegurar a proteção de grupos minoritários.

Foi no intuito de confrontar as visões conservadora e populista, cujas alternativas conduziriam à arbitrariedade, que os liberais circunscreveram nas constituições liberais o sistema de freios e contrapesos e o compromisso com uma forte ideia de direitos individuais como forma de oferecer uma resposta a ambas alternativas.⁴⁶² Esse desenho engendrou o fenômeno de desconfiança da maioria,⁴⁶³ progressivamente fortalecido quanto nos Estados Unidos⁴⁶⁴ quanto na América Latina.⁴⁶⁵ Com efeito, compartilhou-se a noção de que “a democracia majoritária estava associada à produção de normas ‘súbitas’, ‘imoderadas’ e finalmente ‘irracionais’ que ameaçavam os direitos dos grupos minoritários”.⁴⁶⁶ Evidentemente, a identificação de um particular modelo de constitucionalismo com a ideia de Estado de direito gerou a “tendência de avaliar todos os movimentos em direção à

⁴⁶² *Ibidem*, p. 150.

⁴⁶³ Madison analisa que as causas de uma facção estão presentes na própria natureza do homem, cujos interesses, orientados pelo tipo e grau de aptidão, definem desiguais propriedades e, portanto, diferentes opiniões, conduzindo este processo a uma propensão à animosidade. Assim, a distribuição desigual da propriedade é identificada no texto como a fonte mais comum e duradoura da formação dessas facções. A tarefa da legislação moderna é compreendida, pois, como a tentativa de harmonização dos diferentes interesses em choque. Conclui, portanto, que as causas das facções não podem ser removidas e, portanto, o remédio a ser buscado deve consistir no domínio de seus efeitos. HAMILTON; MADISON; JAY, *op. cit.*, pp. (nº 10, 45, 48, 51).

⁴⁶⁴ James Madison associou a supremacia da vontade da maioria com a supremacia de facções e a supremacia de facções com a produto de leis parciais ou não neutras. Assim, a supremacia da maioria foi associada como sinônimo de “desmembramento do estado de direito”, o que “implicou diretamente a substituição do ‘estado de direito’ pelo ‘governo dos homens’”. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁶⁵ A maioria deles “desconfiava da democracia porque a associava (inevitavelmente) a algumas revoltas sangrentas e populares ocorridas durante o período da Independência (isto é, a dramática revolução “negra” do Haiti, que marcou decisivamente as visões políticas de Simon Bolívar; ou os saques e turbulências populares que se seguiram à vitória de Vicente Guerrero no México)”. *Ibidem*, p. 152.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 152, tradução nossa.

democracia majoritária como desvios inadmissíveis do Estado de direito”.⁴⁶⁷

O sistema de separação de poderes por meio do esquema de freios e contrapesos é defendido pelos liberais em razão de prever a adoção de decisões bem pensadas – virtudes que, como assevera Gargarella, “qualquer sistema alternativo teria problemas para garantir”.⁴⁶⁸ As razões pelas quais o sistema de *checks and balances* favorece a adoção dessa tese consiste, de um lado, por esse esquema retardar o processo de tomada de decisão; de outro, o fato de as leis precisarem “ir e voltar”, isto é, passar de uma Casa legislativa para outra, “parece importante para forçar os funcionários públicos a ‘pensarem duas vezes’ sobre o que farão”.⁴⁶⁹ Segundo essa visão, “é importante que todos os projetos legislativos sejam examinados por muitos ‘olhos’ diferentes: esses ‘olhos’ diferentes podem ajudar a ‘refinar’ o conteúdo dos projetos, adicionando ou modificando aspectos que (por qualquer motivo) não foram inicialmente considerados”.⁴⁷⁰ Isto é o que Madison defendeu, por exemplo, quando ele propôs dividir a confiança entre diferentes corpos de homens, que poderiam assistir e checar uns aos outros.⁴⁷¹ A partir dessa ótica, a justificativa de que qualquer iniciativa legislativa precisaria ser refletida remeteu à ideia de que o sistema de freios e contrapesos fornecia bons incentivos para isso.

A resistência quanto à posição liberal residiu nas proposições dos radicais, conforme pontua Gargarella. Contudo, a divergência não é acerca da importância de se estabelecer argumentos prévios; o que eles identificam é que existem outros valores, sobretudo significativos, que o sistema político deveria respeitar *prima facie*. Nesse sentido, para essa vertente, o modelo constitucional liberal se apresentava muito complexo, de modo que a “Constituição tinha que ser clara, simples e facilmente compreendida”. Além disso, “o sistema de múltiplas verificações gerava confusão em relação a qual órgão cumpria qual tarefa”.⁴⁷² Outros teóricos atacaram a proposta liberal destacando que o estabelecimento de freios e contrapesos fomentava impasses políticos ou

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 152, tradução nossa.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 153, tradução nossa.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁷¹ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, pp. nº 10.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 154.

um “estado de ‘guerra’ entre diferentes ramos de poder”, como afirma Nathaniel Chipman.⁴⁷³ A principal preocupação dos radicais, com efeito, era a de preservar o compromisso com a regra da maioria:

A preocupação dos radicais em garantir uma troca adequada foi complementada por uma séria preocupação com o valor da publicidade. Os radicais queriam que os debates legislativos fossem abertos às pessoas, que os projetos legislativos fossem conhecidos e discutidos pelo povo e que as motivações das leis fossem claramente identificáveis pelos cidadãos. Apesar das muitas críticas que receberam, os radicais deixaram claro que não ignoravam a importância de ter debates “tranquilos” e pensativos e demonstravam que estavam bem preparados para reformular suas propostas para garantir esses valores.⁴⁷⁴

A possibilidade de defesa do ideal radical de ter ambos sistema majoritário e debates judiciais, especialmente a partir do exemplo do estado da Pensilvânia⁴⁷⁵ e da Constituição de 1867 do Peru,⁴⁷⁶ marca a

⁴⁷³ Nathaniel Chipman, por exemplo, previa um estado de tensão permanente entre os diferentes interesses em jogo, em resultado das verificações e balanços propostos. Chipman descreveu essa situação como uma “guerra perpétua de cada um [interesse] contra o outro, ou, na melhor das hipóteses, uma trégua armada, acompanhada de constantes negociações e combinações cambiantes, como se para impedir a destruição mútua; cada parte, por sua vez, une-se ao inimigo contra um inimigo mais poderoso”. *Ibidem*, p. 154.

⁴⁷⁴ GARGARELLA, op. cit., p. 156, tradução nossa.

⁴⁷⁵ Por exemplo, o caso da Pensilvânia, antes da Independência. Segundo Gargarella, a Convenção Constitucional da Pensilvânia foi influenciada por um pensamento radical promovido, entre outros, por Thomas Paine. “Seguindo iniciativas radicais comuns, Paine sugeriu (entre outras coisas) estabelecer um forte sistema unicameral, algo que imediatamente desencadeou diversas críticas. (...) Da mesma forma, Thomas Paine reconheceu a importância de promover discussões legislativas mais serenas, mas afirmou a possibilidade de alcançar esse objetivo sem renunciar, ao mesmo tempo, aos traços majoritários da Constituição (neste caso, particularmente, a legislatura unicameral)”. *Ibidem*, pp. 155-156.

proposta de Roberto Gargarella. Os ataques que os radicais tradicionalmente apresentam contra o sistema de freios e contrapesos não implicam (e historicamente não implicaram) que se esteja desconsiderando a importância de discussões reflexivas. Se os radicais adotaram uma posição crítica contra os freios e contrapesos durante as origens do constitucionalismo, esta foi como resultado de outros argumentos razoáveis. Gargarella consigna, assim, que, quando se reconhece esse fato, não é mais aceitável associar o majoritarismo ao reino da “insensatez” ou “fúria”. Para ele, um governo majoritário pode ser (e, em muitos casos, foi concebido para ser) compatível com uma séria preocupação para debates judiciosos.⁴⁷⁷

O argumento de que à maioria não deve ser confiada a atribuição de assegurar direitos de minorias, uma vez que controles internos e contramajoritários parecem estar em ordem para garantir esses direitos, merece reflexões. Primeiramente, “o fato de não quisermos que as maiorias se encarreguem de proteger os mesmos direitos que pretendem violar (direitos das minorias) nada diz sobre as virtudes das instituições não-majoritárias como defensoras dos direitos das minorias”.⁴⁷⁸ Para Gargarella, a existência de um freio contramajoritário não é imune a violações de interesses básicos minoritários, de modo que ele pode dar legitimidade a essas violações. Igualmente, também não está claro que, a

⁴⁷⁶ Um exemplo análogo na América Latina pode ser encontrado na Constituição de 1867 do Peru, considerada a Constituição mais radical aprovada no país no século XIX. Ela tentou tanto assegurar discussões legislativas adequadas e honrar o princípio majoritário. “A Constituição de 1867 ampliou os direitos políticos, estabeleceu um sistema de eleições e mandatos curtos, e propôs uma legislatura unicameral”. *Ibidem*, pp. 155-156.

⁴⁷⁷ É possível extrair, contudo, que tanto radicais quanto liberais parecem conceber a importância do controle do poder, mantendo cada poder em seus próprios limites no intuito de evitar abusos, bem como uma visão compartilhada da importância da garantia de direitos individuais. No entanto, os motivos pelos quais liberais e radicais temiam o abuso de poder são distintos: de um lado, os liberais particularmente temiam a expansão perigosa do poder legislativo sobre os outros poderes; já os radicais estavam preocupados com o abuso de poder remetendo-se ao uso de cargos públicos para fins privados, isto é, no abuso que separa gradualmente representantes do povo, a “alienação política”. A partir dessas visões, liberais e radicais propuseram diferentes tipos de controles institucionais, quais sejam, “a adoção de um controle mais interno e endógeno”, pelos liberais e um controle “mais externo e endógeno”, pelos radicais. GARGARELLA, op. cit., p. 158.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 161, tradução nossa.

longo prazo, a redução das violações aos direitos de minorias opera em razão da presença de instituições contramajoritárias.

Essa intuição parece ratificada por estudos contemporâneos do papel do Judiciário que mostram “os tribunais sendo regularmente mais ou menos alinhados com o que a coalizão política nacional dominante quer”. Além disso, a autoridade final desta instituição contramajoritária também coloca em risco os direitos da maioria. Na verdade, a história nos forneceu muitos exemplos de demandas majoritárias razoáveis em defesa de direitos básicos sendo interrompidos por decisões contramajoritárias irracionais (isto é, durante a chamada era de Lochner).⁴⁷⁹

O alinhamento entre o poder judiciário e os interesses dominantes da coalização da política nacional identifica o caráter de mão dupla que a judicialização da política assume. Ao analisar as estratégias de atores políticos e a independência política e imparcialidade de juízes, José María Maravall sustenta que o majoritarismo e a independência judicial são, na verdade, instrumentos estratégicos que, sob condições políticas e institucionais particulares, podem colocar a democracia contra o Estado de direito e vice e versa. Para o autor, “a política torna-se judicializada quando os tribunais se tornam atores de estratégias políticas que alteram as regras da concorrência democrática. Tais estratégias incluem o uso de tribunais para criminalizar os adversários políticos”.⁴⁸⁰

Esse panorama pode ser interpretado com base em três argumentos. Primeiramente, se a responsabilidade de políticos (*accountability*) é limitada, aumenta-se a probabilidade de que a política se torne judicializada. Em outras palavras, se o mecanismo de eleição é a única forma de assegurar a responsabilidade política e os políticos assumem a vitória eleitoral como um dispositivo que lhes exonera da prestação de contas, de modo que no intervalo entre as eleições eles

⁴⁷⁹ GARGARELLA, op. cit., p. 161, tradução nossa

⁴⁸⁰ MARAVALL, José María. *The Rule of Law as a Political Weapon*. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 262, tradução nossa.

respondem somente por responsabilidades legais, “então o parlamento se torna irrelevante e a confrontação política é transferida para o terreno judicial”.⁴⁸¹ Se os políticos conseguem convergir, “juízes independentes tomarão a iniciativa se tiverem apoio poderoso da mídia e de grupos de interesse”;⁴⁸² em contrapartida, se os políticos não convergirem, “a estratégia será lançada pela oposição”.⁴⁸³ A probabilidade de conluio aumenta se a oposição espera uma vitória eleitoral: nesse caso, pode estar interessado em preservar as condições de responsabilidade limitada (um executivo isolado, o controle da televisão pública, e assim por diante).

O segundo argumento se embasa na suposição de que não há conluio entre governo e a oposição e que esta cumpra com os resultados democráticos pois espera ter alguma chance de ganhar eleições no futuro. No entanto, quando esse futuro esperado (ou seja, as melhores condições imagináveis para a vitória eleitoral) chega, a oposição perde novamente. Essa oposição pode concluir que não pode ganhar sob as atuais regras de concorrência. Isso pode ou não ser devido a uma falta de responsabilidade do governo. “Circunstâncias diferentes podem dar uma vantagem persistente ao incumbente: as eleições podem ser fortemente ideológicas e o eleitor mediano pode estar com o governo; o líder do partido no poder pode ser muito popular”.⁴⁸⁴ A oposição, no entanto, não se volta para a ditadura: introduz novas dimensões de competição nas quais o ativismo judicial se torna instrumental sobre a manipulação de regras.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 263, tradução nossa.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 263, tradução nossa.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 263, tradução nossa.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 263, tradução nossa.

⁴⁸⁵ Nesse sentido, Adam Przeworski sinaliza que os vencedores e perdedores eleitorais obedecem aos resultados da competição democrática como uma consequência das forças políticas que perseguem seus interesses – e assim a democracia é sustentada. Para ele, é difícil dizer se essa explicação é suficiente ou se a democracia pode sobreviver mesmo quando não é sustentada por interesse próprio econômico. Mesmo quando um equilíbrio democrático é sustentado por limitação de ações àquelas permitidas por lei, agindo de forma a perpetuar a democracia, “é apenas um pequeno passo para imputar essas ações observáveis a motivações psicológicas, dizer que os indivíduos são motivados por um senso de dever de aceitar os resultados da competição em que participam, que aceitam a normatividade da lei, que nutrem a democracia”. Neste ponto, “se um equilíbrio democrático é sustentado por uma busca

O terceiro ponto diz respeito à estratégia levada a cabo pelo governo. Segundo José María Maravall, “sob condições políticas e institucionais particulares, com juízes independentes, mas não neutros, um governo pode manipular o ativismo judicial para consolidar seu poder e enfraquecer a oposição”⁴⁸⁶. Essa estratégia depende de o governo encontrar um apoio mais forte no judiciário do que no eleitorado, particularmente por acreditar que sua vulnerabilidade eleitoral persistirá no futuro. Portanto, o valor que o governo atribui à probabilidade de vencer no futuro nas condições atuais de competição é menor do que o valor atribuído à probabilidade de vencer após a politização do judiciário, diminuindo o risco de fracasso. Um governo pode então tentar modificar em seu favor o equilíbrio de poder e influência, usando o Estado de direito contra adversários políticos. O alvo pode ser a oposição parlamentar, grupos de interesse hostil ou mídia crítica. Segue-se que, para Maravall, a combinação entre democracia e Estado de direito constitui um estereótipo normativo:

Se os políticos podem minar o estado de direito com instrumentos democráticos, subverter a democracia ou alterar as condições de competição com estratégias que usam a independência dos juízes, então a combinação de democracia e estado de direito será simplesmente um estereótipo normativo, não refletindo bem o mundo real da política. Esse estereótipo retórico é, no entanto, rotineiramente reiterado nas constituições de novas democracias.⁴⁸⁷

Uma outra visão é apresentada por John Ferejohn e Pasquale Pasquino, para quem o ativismo judicial refere-se aos tribunais que expandem suas decisões para assuntos que correspondem a agências políticas, ou atuam como árbitros entre as contendas políticas, de modo

estratégica de interesse próprio, então, em equilíbrio, os atores políticos serão cumpridores da lei. Mas isso não significa que o equilíbrio seja apoiado pela motivação para obedecer à lei”. PRZEWORSKI, Adam. Why Do Political Parties Obey Results of Elections? In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. Democracy and the rule of law. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 140-141.

⁴⁸⁶ MARAVALL, op. cit., p. 263, tradução nossa.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 264, tradução nossa.

que o ativismo judicial se expandirá em situações em que se identifique algum impasse político. Em que pese os tribunais sejam instituições passivas, isto é, dependam de provocação de outros agentes ou órgãos que tragam até eles as questões a serem decididas, “os tribunais também são geralmente capazes de tomar medidas decisivas”.⁴⁸⁸ Na medida em que a operação da lei exige juízes independentes, capazes de ouvir e resolver disputas de forma mais ou menos imparcial, os juízes terão liberdade para se comportar oportunamente: tomar decisões por motivos privados ou tendenciosos, ou pelo menos razões não aceitáveis para o público ou seus representantes. Esta é uma razão para implementar controles que atenuam até certo ponto o grau de isolamento judicial dos agentes políticos. Mas, se essas autoridades políticas podem interferir no julgamento, podem também abusar dessa capacidade, interferindo oportunamente na busca de seus próprios objetivos partidários ou pecuniários.

No contexto brasileiro, Leonardo Avritzer e Marjorie Corrêa Marona observam que o processo de independência, ao longo do século XIX, de boa parte dos países latino-americanos deu continuidade à tradição constitucional clássica estabelecida na América do Norte e Europa, apontando, contudo, para resultados diferentes. Não obstante a América Latina não tenha subvertido os princípios do liberalismo e da divisão de poderes a partir do mecanismo de freios e contrapesos, outras rupturas constitucionais foram comuns na região. Segundo os autores, esse processo se deu “a partir de um pacto liberal-conservador, que se estendeu tanto à área da organização do poder quanto à dos direitos, resultando em um generalizado rechaço à tradição política republicana e um olhar restritivo sobre os direitos políticos”.⁴⁸⁹ Nesse sentido, a matriz liberal traduziu-se na produção de Constituições atentas aos direitos sociais – e a questão social assumiu centralidade na agenda política –, mas, no âmbito da organização do poder, conservadoras e centralizadoras.

Esse é um fenômeno que (re)coloca a reflexão do conteúdo democrático do intervencionismo judiciário paralelamente à ideia de que o judiciário pode ser entendido como órgão com função representativa.⁴⁹⁰ Em que pese a possibilidade de se averiguar se uma

⁴⁸⁸ FERREJOHN; PASQUINO, op. cit., p. 250, tradução nossa.

⁴⁸⁹ AVRITZER; MARONA, op. cit., p. 78.

⁴⁹⁰ Ao analisar as implicações positivas e negativas de se assumir a tese de que o Judiciário tem uma função ou dimensão representativa, Jane Reis pontua sobre a *representação democrática judicial* a partir do alargamento do conceito

Corte é representativa dependa de um olhar para o seu passado, normativamente, conforme assevera Jane Reis Gonçalves, “o conceito de representação democrática do Judiciário deve funcionar como um fator que impõe transparência e permeabilidade”.⁴⁹¹ Assim, a pretensão de representação por parte de uma Corte deve levar em conta a viabilidade de sua abertura igualitária à sociedade civil, “o uso da ideia de representação como um argumento de autolegitimação, que outorgue de per si às decisões judiciais um pedigree democrático, opera o efeito inverso ao aparente: ao invés de tornar a jurisdição mais democrática e plural, torna-a mais aristocrática e ensimesmada”.⁴⁹²

Nesse sentido, sinalizam Avritzer e Marona:

O reconhecimento da contingência da ideia de direitos e da definição de cidadania demanda a possibilidade da sua permanente e democrática revisão, o que é realizado, em grande medida, no âmbito dos debates constitucionais, os quais devem expressar a diversidade sociocultural da comunidade política, desprendidos de uma hierarquia única, universal e abstrata entre os saberes, dando preferência as formas de conhecimento que garantam a maior participação dos grupos sociais envolvidos na concepção, na execução, no controle e na fruição da intervenção que proporcionam no mundo real.⁴⁹³

tradicional de representação popular, isto é, a extensão da função representativa, explicitamente atribuída ao Executivo e ao Legislativo, ao Poder Judiciário. Para a autora, “a ideia de que o Judiciário tem feição representativa pode aprimorar a democracia constitucional se essa compreensão não tiver por consequência a leitura de que tal atributo opera como credencial para falar em nome da comunidade (um fator de legitimação genética), mas sim como predicado que evidencia um múnus democrático que tem como consectário o ônus de abertura e porosidade em relação às variadas forças sociais”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. **Revista Juris Poiesis**, n. 17, 2014, p. 13. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/2485/revistas-juris-poesis-14.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁹¹ PEREIRA, op. cit., p. 12.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 12.

⁴⁹³ AVRITZER; MARONA, op. cit., p. 87.

O caso Marco da Rocha Mendes (AP 937/DF) e seus reflexos – bem como o conjunto de casos analisados que, como precedentes, constituíram um dos alicerces para justificar a nova interpretação da norma constitucional do foro por prerrogativa de função – é ilustrativo desse desenho institucional que sinaliza uma espécie de conflito entre os poderes – que, malgrado revista-se como um conflito sobre legalidade, é um conflito eminentemente político. O que está no pano de fundo desse contexto é o legado da crença compartilhada de que: (i) o debate em instâncias políticas majoritárias ocasionaria uma tirania da maioria; (ii) a crise de representatividade das instâncias políticas implica na incapacidade do legislativo para tomar boas decisões, atentando, portanto, direitos individuais. É uma dificuldade contrademocrática, não uma dificuldade contramajoritária. Nessa esteira, o princípio da independência judicial é veiculado como ferramenta que deteriora tanto a separação de poderes, entendida como a divisão qualitativa da função legislativa, como o princípio democrático, que identifica a soberania popular na função legislativa.

Quando o Ministro Luís Roberto Barroso afetou a ação penal para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e suscitou a questão de ordem a justificativa cingiu-se nas disfuncionalidades práticas do regime de foro por prerrogativa de função evidenciadas no caso concreto, dado que “o caso em exame é exemplo emblemático de como o ‘sobe e desce’ processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição, quando não em razão da pena em abstrato”. Assim, a fim de melhor compatibilizar o foro privilegiado com os princípios constitucionais a Corte restringiu o sentido e o alcance da garantia parlamentar do foro por prerrogativa de função.

Se o regime é de fato disfuncional, como aponta o “V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo”,⁴⁹⁴ isso não implica que o Legislativo se furtou da responsabilidade de debater sobre o assunto. À título de exemplo, a PEC nº 10/2013 (PEC nº 333/2017 na Câmara dos Deputados) pretendia alterar a Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função em casos de crimes comuns. Essa proposta, à época da decisão do STF, se encontrava em estágio mais avançado. Foi recebida pela Coordenação de Arquivo em

⁴⁹⁴ FALCÃO, Joaquim et. al. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 10

25/10/2018 e teve sua tramitação encerrada. A consulta pública evidenciou 56.111 votos a favor da proposta e 187 votos contra.⁴⁹⁵ A PEC nº 18/2014 pretendia acrescentar a Seção IX ao Capítulo III do Título IV da Constituição Federal para determinar que nos casos de crimes contra a administração pública, de lavagem de bens, direitos ou valores decorrentes de crime contra a administração pública e de crimes hediondos, o autor não fica sujeito ao foro especial por prerrogativa de função, e que lei ordinária poderá limitar as hipóteses de sua aplicação. Isto é, pretendia-se eliminar o foro por prerrogativa de função no caso da prática de determinados crimes. Também encerrada, foi dada como prejudicada em 26/04/2017. A consulta pública identificou 639 votos a favor e 4 contra.⁴⁹⁶ A PEC nº 62/2013 pretendia acrescentar o § 13 ao art. 37 da Constituição Federal para determinar que as ações decorrentes de atos de improbidade administrativa não se sujeitassem a foro especial por prerrogativa de função exigido para as infrações penais comuns e crimes de responsabilidade. Arquivada ao final da legislatura, em 21/12/2018, identificou 75 votos a favor e nenhum contra.⁴⁹⁷ Já a PEC nº 11/2016, ainda em tramitação, pretende alterar a Constituição Federal para vedar, nas infrações comuns, a instituição de foro por prerrogativa da função para agentes públicos não eleitos, ressalvados os membros da magistratura e do Ministério Público. Atualmente, com 426 votos a favor e 56 contra, a proposta aguarda designação do relator, sedo que o último local de apreciação consistiu na Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em 21/12/2018.⁴⁹⁸

Segundo aponta o relatório, existiam na Câmara dos Deputados em 2017 pelo menos 14 propostas de alteração das regras do foro privilegiado. Os resultados obtidos indicaram que o Supremo Tribunal Federal, “quando atua como corte originária com relação aos crimes

⁴⁹⁵ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁹⁶ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 18, de 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117915>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁹⁷ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 62, de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115234>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁴⁹⁸ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 11, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125276>> Acesso em: 28 fev. 2019.

cometidos por agentes com foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), normalmente não consegue analisar o mérito das investigações ou acusações apresentadas pela PGR devido à morosidade da tramitação dos processos”.⁴⁹⁹ Não é incontestável que, conforme evidencia o próprio relatório, “muito além do Supremo, da PGR e mesmo das partes, o sistema claramente precisa ser revisto”.⁵⁰⁰ A questão é de que forma as alterações na sistemática da organização de poderes devem ser canalizadas no intuito de permitir a realização da missão institucional do Supremo em garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos processos que a ele chegam sem que essa postura incorra em ingerência no equilíbrio político do Poder Legislativo e violação ao princípio democrático.

É especialmente na diferença alegada pelo Ministro Celso de Mello (Inquérito nº 4292 e Petição 7.291/DF) de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal se reveste de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado, que a possibilidade democrática de ampla discussão social em torno da Constituição se torna prejudicada. Ao contrário do que afirma o Ministro, a atribuição ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional não tem dado expressão concreta ao texto da própria Constituição.

A Constituição Federal de 1988 prevê requisitos que devem ser rigorosamente observados para a proposta de Emenda à Constituição. É

⁴⁹⁹ A primeira constatação é a de que o prazo de publicação de acórdão não costuma ser respeitado pelo Supremo. Há um aumento progressivo de tempo entre a autuação e o trânsito em julgado nas ações penais. As razões parecem estar na carga de trabalho do tribunal, que, de acordo com o que reiteradamente vem sendo observado nos relatórios do Supremo em Números é elevadíssima, o que pode acarretar em uma dificuldade para dedicar tempo aos processos do foro privilegiado. O dado é que apenas 1,04% das ações penais no estudo censitário e 0,61% dos crimes no estudo amostral são decisões de condenação nas ações penais. Outra característica apontada pelo relatório é acerca da análise colegiada que recebe a denúncia. No Supremo, essas características significam um filtro que elimina 19 em cada 20 das investigações. Em 65% das ações penais (77% no levantamento amostral) há o declínio da competência ou a prescrição. Apenas 5,94% das ações penais começam e terminam no Supremo. O tempo decorrido entre a primeira decisão colegiada e o trânsito em julgado em 2016 foi de 566 dias nas ações penais. FALCÃO, Joaquim et. al. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 82.

o que se extrai do art. 60, da CF.⁵⁰¹ O fato de o rigor dos critérios exigir um processo de amplo debate, que envolve as duas Casas do Congresso, com quóruns específicos, significa já um constrangimento do próprio poder constituinte para alterações significativas da Constituição, especialmente pela disposição expressa do art. 60, § 4º, da CF, registrando que algumas matérias constituem cláusulas pétreas e estão fora do debate majoritário que pretenda aboli-las.

O debate legislativo que originou a EC nº 35/2001 (PEC nº 610/1998,) e deu nova redação ao art. 53 da CF, consistiu em uma discussão séria sobre as garantias constitucionais do exercício do mandato. A proposta, de iniciativa de Gerson Peres (PPB-PA), com emenda aglutinativa encabeçada por José Roberto Batochio (Bloco/PDT-SP) no que se refere ao dispositivo da inviolabilidade, ressaltava a preocupação com a proteção à liberdade de expressão do Parlamento brasileiro, bem como lamentava a supressão tardia do privilégio conferido aos crimes comuns, tratados no capítulo da imunidade parlamentar. Destacou-se “o questionamento justo e correto da sociedade brasileira, que exigia essa correção”.⁵⁰² Naquela época já se falava em acabar com a imunidade para crimes comuns; e, embora um tempo considerável tenha se passado, destacou-se o avanço “graças à pressão popular, porque as ruas exigiram que esse privilégio fosse

⁵⁰¹ A Constituição só poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Ademais, a proposta deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁵⁰² BRASIL. Congresso. Exposição de motivos Proposta de Emenda à Constituição nº 610 de 1998. Diário da Câmara dos Deputados Ano LVI, nº 188. Brasília, 06 dez. 2001, p. 62518.

suprimido. Este é mais um exemplo que a sociedade exige do Parlamento”.⁵⁰³ Asseverou-se a necessidade de manutenção da redação do § 3º do artigo 53, constante do artigo 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 610, de 1998. Nessa ocasião, a maioria deliberou no sentido de não proteger crime comum. Destacando que houve ampla discussão sobre a constitucionalidade da colocação desse dispositivo, afirmaram ser possível a uma das Casas do Congresso Nacional sustar processo em andamento no Supremo Tribunal. A importância de manter tal dispositivo foi no sentido de que a Casa possa controlar qualquer forma de perseguição política, se por acaso acontecer.⁵⁰⁴

Promover uma alteração significativa no art. 53, § 1º e 102, II, “a”, da CF desconsiderando esse conjunto de procedimentos não é só uma questão de opção institucional, envolve precisamente em escolher a forma e o local aceitáveis em que o princípio da decisão majoritária deve incidir para dirimir questões políticas. O Ministro Celso de Mello destaca, no bojo do Inquérito nº 4292 e Petição 7.291/DF, de 23/05/2018 (em que aplicou o precedente do caso Marcos da Rocha Mendes também a governadores de estado, haja vista que os delitos imputados aos investigados ocorreram em momento anterior à diplomação e não guardavam conexão com o mandato), que a única diferença que existe entre o julgamento do Supremo Tribunal Federal e a possibilidade democrática de ampla discussão social em torno da Constituição reside no fato, jurídica e processualmente relevante, de que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal revestir-se-á de definitividade nas causas que julgar, pondo termo ao litígio nelas instaurado. Ainda, assinala que o fato de a legitimidade da interpretação constitucional do Plenário do STF a respeito da prerrogativa de foro encontrar respaldo na doutrina e nos precedentes da Corte – enquanto instância que detém a guarda e o domínio da hermenêutica da Constituição, mas também como instância que, segundo ele, promove a verdadeira “abertura hermenêutica” –, alcança, com tal abertura material, a possibilidade de superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte Suprema (no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, notadamente em abstrato, o controle de constitucionalidade).

Do ponto de vista empírico, esse argumento não se sustenta. Pesquisas que analisaram pormenorizadamente todas as decisões

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 62518

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 66565

proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012 já identificaram que, desde a promulgação da atual Constituição, o que se observou foi uma “ampliação do controle federativo e do controle corporativo, e não uma ampliação do controle voltado à defesa dos interesses coletivos”.⁵⁰⁵ Na atuação concentrada, o STF realiza basicamente “um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal”. Além disso, sinalizou-se que, “nas poucas decisões em que o STF anula normas com base na aplicação dos direitos fundamentais, existe uma preponderância de interesses corporativos”.⁵⁰⁶ Nesse contexto, a atuação do STF reforça a tendência de que “somente as questões formais e de desenho institucional sejam judicializadas, na medida em que elas é que têm uma chance razoável de êxito”. Essa tendência dos julgamentos parece gerar uma “retroalimentação no sistema, fazendo com que a judicialização somente seja uma escolha estratégica razoável quando as questões levantadas possam ser redescritas como problemas de competência, de procedimento, de desenho institucional ou de simetria. Em outros casos, aparentemente a

⁵⁰⁵ COSTA, Alexandre Araújo Costa; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁵⁰⁶ “Uma análise global dos interesses defendidos indica que no controle via ADI, mesmo nas decisões de procedência baseadas em direitos fundamentais, a defesa de interesses corporativos dos atores envolvidos prepondera sobre a defesa do interesse público. Assim, fica claro que a argumentação baseada em direitos fundamentais não é usada preponderantemente para a garantia dos interesses dos cidadãos, mas para a garantia dos interesses das instituições legitimadas para mover o controle concentrado. (...) Considerando que o único legitimado que atua consistentemente na defesa dos interesses públicos no âmbito das ADI-F é a PGR. Se desconsiderássemos a atuação da PGR no âmbito federal, a defesa dos interesses corporativos atingiria 75%, o que indica que há um problema da recorrente argumentação de que foi uma grande evolução do sistema ampliação dos legitimados operada em 1988. Na defesa dos interesses fundamentais da coletividade, a atuação das entidades corporativas foi completamente esvaziada pela jurisprudência defensiva do STF, a atuação da OAB e dos partidos políticos foi demasiadamente tímida (para não dizer quase nula). COSTA; BENVINDO, op. cit., pp. 71-72.

via judicial se mostra pouco aberta para realizar um controle mais efetivo, ao menos na estrutura imposta pelo atual modelo de ADI”.⁵⁰⁷

Do ponto de vista normativo, a teoria da liberdade política identifica a liberdade na justeza de procedimento, conforme assinala Jeremy Waldron, de modo que não se espera nem se conta com a bondade daqueles que figuram no exercício do poder.⁵⁰⁸ Enquanto valor que requer justeza de procedimento e, portanto, uma base bastante justificável de imparcialidade, a abordagem particular na tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal requer uma justificação, já que, conforme afirma Cass Sunstein, “nenhuma abordagem para interpretação é autojustificável, de modo que toda abordagem particular requer um argumento”.⁵⁰⁹ Nesse sentido, o que faz com que a abordagem interpretativa do judiciário deva ser aceita e em que termos ela é – se é – superior às outras possibilidades precisa suplantar a base imparcial e equitativa na qual o poder legislativo se funda, caso contrário, estar-se-ia em violação direta ao princípio da soberania popular, o que ataca frontalmente a carência de legitimidade democrática do judiciário.

Já se registrou que há boas razões para não se associar o estabelecimento de um sistema majoritário à produção de decisões ‘apressadas’, ‘apaixonadas’, ‘sem reflexão’ ou ‘opressivas’. Conforme Gargarella, “a adoção de um sistema político majoritário mais claro não é necessariamente incompatível com a produção de decisões bem fundamentadas ou com a possibilidade de ter verificações adequadas sobre os representantes”.⁵¹⁰ É nesse sentido que ganham peso os argumentos de imparcialidade subjacentes ao princípio da decisão majoritária, na medida em que “mais do que qualquer outra regra, a decisão majoritária (DM) é neutra em relação aos resultados

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pp. 74-80.

⁵⁰⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1387. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=ylj>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵⁰⁹ SUNSTEIN, Cass Robert. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 168, tradução nossa.

⁵¹⁰ GARGARELLA, Roberto. The Majoritarian Reading of the Rule of Law. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 162, tradução nossa.

contestados, trata os participantes com igualdade e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões”.⁵¹¹ Ainda que o sistema de eleições legislativas não seja perfeito, ele é evidentemente superior “por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do judiciário”.⁵¹²

Em última instância, nada além de números determina como o Supremo Tribunal Federal, que é, supostamente, um “fórum de princípios”, toma suas decisões. Sendo assim, não se abandona ou rejeita o majoritarismo ao confiar decisões finais sobre legislação importante aos tribunais; em vez disso, há uma “preferência pelo maioritarismo do tribunal em relação ao majoritarismo legislativo”.⁵¹³ É nesses termos que Jeremy Waldron evidencia que não se trata de uma dificuldade contramajoritária, mas, sim, de uma dificuldade contrademocrática.⁵¹⁴ Se há uma contínua implantação do princípio da decisão majoritária em tribunais, a desconfiança não reside no majoritarismo, mas reflete uma desconfiança em relação à tomada de decisões democráticas. “É uma desconfiança das pessoas: não confiamos nos eleitores comuns ou seus representantes em certos assuntos; nós preferimos os juízes”.⁵¹⁵

O fato de o Supremo Tribunal Federal se utilizar da decisão majoritária pode ser, portanto, uma pista de que não há nada de incompatível entre deliberação, desacordo e voto. É nesse sentido a afirmação de Waldron sobre a necessidade de se pensar em uma teoria da democracia que identifique a votação não como indicação de que a

⁵¹¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1388. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, tradução nossa.

⁵¹² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1395. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, tradução nossa.

⁵¹³ *Idem*. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, p. 270, tradução nossa.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 270, tradução nossa.

deliberação foi, de algum modo, inadequada, mas como seu ponto de chegada natural. Em outras palavras,

[...] precisamos de uma teoria da deliberação que se encaixe com o voto, não uma teoria da deliberação que seja embaraçada por ela, uma teoria que explica por que é razoável exigir que as pessoas se submetam ao DM não apenas pelo interesse próprio, mas também pelo mais imparcial suas sinceras, e suas melhores convicções sobre o que a justiça, os direitos ou o bem comum exigem a votação e a deliberação.⁵¹⁶

A decisão majoritária, portanto, “é apropriada para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios”,⁵¹⁷ ou seja, como não há base moral para essa razão no que se refere aos ministros do Supremo Tribunal Federal, dado que eles não representam, de fato, ninguém, “a reivindicação de participar é funcional, não é uma questão de prerrogativa”.⁵¹⁸

Por mais vagos que sejam, como conceitos, democracia e legalidade do Estado de direito representam valores amplamente compartilhados. Assim, é comum e natural que nos conflitos políticos se invoquem tais pressupostos para sustentar argumentos. Mas, avaliadas as supostas transgressões que ensejaram o caso da alteração da norma do foro por prerrogativa de função, a questão de se levantar uma sanção “legal” específica para corrigir a prerrogativa de foro sugere que é uma questão muito mais política do que jurídica. Embora as dificuldades evidenciadas no chamado foro privilegiado decorram de infrações penais de parlamentares e, portanto, de desvios ético importante no

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 272, tradução nossa.

⁵¹⁷ *Idem*. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1388. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, tradução nossa.

⁵¹⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1390. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 20 fev. 2019, tradução nossa.

âmbito da representação política, é uma questão fundamentalmente política se tais disfuncionalidades justificam a alteração da Constituição por órgão sem credências para legislar, especialmente se considerando que o debate acerca da matéria estava em voga no Poder Legislativo.

É nesse sentido que John Ferejohn e Pasquale Pasquino asseveram que o conflito entre juízes e políticos pode ser associado equivocadamente à tensão entre democracia e legalidade. Do ponto de vista de um conflito ideológico, é possível que uma maioria do tribunal compartilhe de uma visão de valores constitucionais e, com o tempo, a leitura da Constituição pelo tribunal se altere de modo a se apresentar apenas como a consagração momentânea de uma entre outras leituras possíveis da Constituição, não exigida necessariamente por adesão às regras – por exemplo, o conflito entre os Congressos do New Deal e o Supremo Tribunal em meados da década de 1930, que colocou a proteção dos direitos de propriedade e a liberdade de contratação no seu âmbito. Com efeito, na medida que esses juízes foram substituídos e sua leitura substantiva da Constituição desapareceu. Para os autores, o argumento é que o conflito é melhor entendido como, de um lado, os defensores dos direitos de propriedade como central para a Constituição e, de outro, aqueles que queriam permitir que as maiorias regulassem e gerenciassem esses direitos.⁵¹⁹

Uma segunda fonte institucional de conflitos entre políticos e juízes também pode ser atribuída, de maneira equivocada, à tensão entre democracia e legalidade. Os políticos querem construir apoio popular para sustentar suas políticas. Para tanto, é imprescindível que trave uma batalha em duas dimensões competir com políticos opostos por apoio político e estabelecer o poder de fazer ou alterar políticas. Neste ponto, é possível que entrem em conflito com a lei e os juízes. Em virtude de os juízes valorizarem a legalidade tanto intrinsecamente quanto por ser a principal fonte de sua própria autoridade, eles estão particularmente dispostos a ter uma visão ampla dos requisitos legais, de modo que esse desejo é independente de quaisquer valores ideológicos particulares que possam ter. Assim, “como o desejo de autoridade expansiva entra em conflito com os interesses de agentes políticos capazes de diminuir a autoridade judicial, a busca deve ser temperada por considerações

⁵¹⁹ Cf. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Rule of Democracy and Rule of Law*. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 257.

institucionais”⁵²⁰. Como o primeiro conflito (ideológico), o conflito institucional é político no sentido de que está enraizado “nos desejos de manter ou aumentar a autoridade”,⁵²¹ não permanecendo necessariamente ligados às próprias normas de legalidade.

Independência judicial geralmente tem sido vista como proteção do governo ou da maioria legislativa: se os governantes devem ser controlados, os controles fornecidos pelo estado de direito devem ser imunes à sua influência.⁵²² Mas se “se as damas protegidas não estão controladas”, *quis custodiet ipsos custodes* é o ponto fraco no papel atribuído ao estado de direito na teoria democrática liberal, o que remete a um poder arbitrário de magistrados democráticos. Examinando juízes na América em 1835, Tocqueville observou que “o poder arbitrário dos magistrados democráticos é ainda maior do que o de seus pares em estados despóticos. (...) Em nenhum lugar a lei deixou maior alcance ao poder arbitrário do que nas repúblicas democráticas, porque ali eles sentem que não têm nada a temer com isso”.⁵²³ A palavra imunidade que antecede a independência judicial no subtítulo desse capítulo não é apenas um trocadilho frente às imunidades parlamentares; sua posição, ainda que textualmente, tem implicações concretas: a independência judicial se torna uma imunidade tanto quando é direcionada para fins outros que não a vontade popular no âmbito do poder legislativo quanto quando é utilizada pelo poder judiciário para assumir a função legislativa e atuar como legislador positivo, característica intrínseca à soberania popular, sem os controles por ela exigidos.

4.3 INTERPRETAÇÃO EM DISPUTA: CONFLITO POLÍTICO E CONSTITUIÇÃO RADICAL

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 258.

⁵²¹ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of Democracy and Rule of Law. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 258, tradução nossa.

⁵²² Cf. MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *Ibidem*, p. 366.

⁵²³ TOCQUEVILLE, 1969 apud MARAVALL, 2003, op. cit., p. 366, tradução nossa.

A noção de Constituição radical,⁵²⁴ lançada por Vera Karam, remete à possibilidade da ideia de uma Constituição enquanto promessa capaz de forjar, não apenas no texto de sua norma promulgada em 1988 – mas também nele –, uma mediação para a ação política. A partir da manutenção da tensão, intrinsecamente conflituosa, entre constitucionalismo e democracia, bem como na retenção do poder constituinte como forma de nos constituirmos, radicalmente, como comunidade política, a autora chama atenção para a necessidade de uma Constituição capaz de capturar a natureza agonística do político, na tônica do que desenvolve Chantal Mouffe.

A ideia de agonismo desenvolvida por Chantal Mouffe apresenta-se como uma apropriação crítica do conceito de antagonismo⁵²⁵. A

⁵²⁴ Este conceito, cunhado por Vera Karam de Chueiri, é uma ideia ainda em elaboração e aberta à discussão, como a própria autora afirma. Sendo assim, a pretensão da associação dessa ideia ao presente trabalho é, além de oferecer uma proposta frente ao problema identificado na pesquisa, contribuir para o debate acerca da possibilidade de se conceber uma noção de Constituição (e de interpretação) radicais.

⁵²⁵ Para Mouffe, o “agonismo” se distingue do “antagonismo” não pelo sentido do conflito, simplesmente, característica que antes marca uma semelhança, mas sim nos modos de compreensão do conflito a partir de uma tomada de posição: no segundo caso de modo extrínseco, um conflito que se estabelece além de uma opinião ou posição, e no primeiro de modo intrínseco, no sentido de compreender que uma dada posição já é intrinsecamente conflituosa. Em nota, Mouffe explana que a dimensão antagonística, que não pode nunca ser completamente eliminada mas apenas “domada” ou “sublimada” ao ser, por assim dizer, “exaurida” de um modo agonístico, é o que, em sua perspectiva, distingue seu entendimento de agonismo daquele formulado por outros “teóricos agonísticos”, os que são influenciados por Nietzsche ou Hannah Arendt, como William Connolly ou Bonnie Honig. MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000, p. 107. Não obstante, embora Mouffe teça considerações sobre essas formulações (MOUFFE, Chantal. **Agonistics: thinking the world politically**. New York/London: Verso, 2013, pp. 20-22) a autora parece não apresentar a origem da formulação do termo, limitando-se a distingui-lo na dimensão da aplicação. Segundo, Thiago Mota, com aporte em Johan Huizinga (antropólogo holandês do início do século XX que elaborou um parecer acerca de Nietzsche, no qual afirma que este, de fato, fomentou uma atitude polêmica e agonística na filosofia), o agón grego “designa um domínio fundamental da vida dos gregos, qual seja o das competições e dos concursos (...) nos jogos agonísticos a antítese é posta em revelo, isto é, o agonístico é expressão da contradição entre os jogadores no agón. A contradição é fundamental ao agón porque é a partir dela e nela que o

autora trata de estabelecer os pressupostos nos quais o conflito pode ser direcionado para desígnios democráticos. A partir da concepção de que político é uma dimensão do antagonismo e, portanto, intrinsecamente conflituosa, Mouffe vislumbra a possibilidade de se conceber a política democrática – que carrega consigo o elemento constitutivo do político – a partir da ótica de um pluralismo agonístico, isto é, “construir o ‘eles’ de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão”.⁵²⁶ Essa visão requer que a discordância seja encarada como fruto de várias concepções que não se eliminam, como no critério de amigo-inimigo estabelecido por Carl Schmitt, mas que se enfrentem como adversários legítimos. Não obstante, a categoria do conflito agonista não elimina o antagonismo⁵²⁷ que se perfaz na diferenciação do “nós” e “eles” – uma superação impossível.⁵²⁸ Ao invés disso, busca renunciar à naturalização das fronteiras da democracia e dos embates entre seus atores, na medida em que compreende que “os que eram tidos como inimigos, no interior de uma sociedade democrática, devem assumir o papel de adversários que compartilham um conjunto de valores e princípios ético-políticos, cuja interpretação está em disputa”.⁵²⁹

Para a autora, os compromissos estabelecidos pela comunidade política são pactos perfeitamente possíveis, dado que são parte integrante do cotidiano da política e, por isso, devem ser identificados

agón se realiza. O agón pode ser entendido como uma luta que tem dois princípios: a inexistência de trégua e a inexistência de termo. Para que a luta perdure, impõe-se, de um lado, que os lutadores não cheguem a um acordo de paz, o que seria uma trégua, e, de outro lado, que nenhum deles seja aniquilado pelo outro, o que significaria um termo”. MOTA, Thiago. O Trágico e o Agón em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche** – Vol.1 – nº 2, pp. 83-84.

⁵²⁶ MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000, pp. 102-103, tradução nossa.

⁵²⁷ “De fato, dado o pluralismo inerradicável de valores, não há solução racional para o conflito – daí a sua dimensão antagonística. Isso não significa, obviamente, que adversários não possam cessar de discordar, mas isso não prova que o antagonismo foi erradicado”. *Ibidem*, p. 102.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 103, tradução nossa.

como “interrupções temporárias de uma confrontação contínua”.⁵³⁰ Nesse sentido, um adversário não deixa de ser um inimigo, mas constitui-se como inimigo legítimo, pois a legitimidade advém de cidadãos divergem compartilhando uma base comum: os princípios ético-políticos da democracia liberal, igualdade e liberdade.⁵³¹ Assim,

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 102.

⁵³¹ Luis Felipe Miguel, em seu texto “Conflito e consenso na teoria democrática: para além do agonismo”, tece críticas quanto ao pensamento de Chantal Mouffe. Entre outras coisas, sugere que Mouffe, em muitas de suas concepções, se aproxima do paradigma liberal no qual ela ataca com veemência em suas obras, precisamente quanto às considerações sobre a democracia deliberativa de John Rawls e Jurgen Habermas. Ademais, anota que seu modelo agonista acaba por não se constituir, de fato, como um projeto democrático – além de não ficar claro como tal modelo se concretizaria. Ao delinear um consenso mínimo de pressupostos ético-políticos que parece estabelecer o que seria as “regras do jogo”, o autor pontua que Mouffe parece fazer uma análise fugidia que não leva em consideração o importante elemento da dominação. Em que pese as considerações do autor, de que “o consenso apresentado por Mouffe seja factível se assumirmos que ‘liberdade’ e ‘igualdade’ são apenas rótulos vazios”, dado que Quando investigamos o sentido que deve ser atribuído a tais termos, ressurgem elementos de conflito que, então, estão na base mesma das instituições democráticas liberais, talvez seja possível contrapor que Mouffe não ignora que “discordamos em relação ao sentido e à implementação dos princípios”, ou que o consenso mínimo seja um consenso não conflituoso, especialmente quando afirma: “Concordo com aqueles que afirmam que uma democracia pluralista exige um certo volume de consenso e que ela requer a lealdade aos valores que constituem seus “princípios ético-políticos”. Entretanto, dado que tais princípios ético-políticos só podem existir por meio de muitas interpretações diferentes e conflitantes, esse consenso está fadado a ser um “consenso conflituoso”. MOUFFE, op. cit., p. 103. É preciso apontar, por outro lado, que a crítica parece ter um fundamento plausível de que pressupor que uma comunidade parta de um acordo compartilhado sobre quais regras devem direcionar o conflito parece retirar do político sua própria característica conflituosa. Se a política carrega o político enquanto elemento intrínseco, pois revela nas práticas políticas o seu elemento constitutivamente conflituoso, saber quais são as regras que devem direcionar tais conflitos implica em questionar em qual base se expressa esse consenso, ainda que mínimo, especialmente se considerando que o estabelecimento de regras do jogo também evidencia uma relação assimétrica sobre a base na qual indivíduos e grupos, com informações restritas e de classes sociais distintas, produzem seus interesses e agregam suas preferências em uma relação de dominação. MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, pp. 13-43, 2014.

devemos aceitar que cada consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre acarreta alguma forma de exclusão. O que o modelo da democracia deliberativa está denegando é a dimensão da “indecidibilidade” e da indefectibilidade do antagonismo, que são constitutivas do político.

Dadas essas considerações acerca do que conflito agonista implica na visão de Mouffé, explora-se a possibilidade de uma Constituição radical como manutenção do conflito a partir de três tensões: (i) soberania popular e pré-compromisso;⁵³² (ii) poder constituinte e poderes constituídos; (iv) constitucionalismo e democracia.

A tensão própria da soberania popular pode ser explorada na ideia de pré-compromissos constitucionais. Quando um povo elege uma Carta de direitos juntamente com um mecanismo de controle de constitucionalidade, apoiado por uma maioria com pleno conhecimento de que se trata de uma reforma constitucional, o faz impondo restrições ao seu próprio poder. Sob o argumento de que as leis majoritárias podem ser injustas ou que maiorias eventuais podem ser levadas, por uma debilidade da vontade, a aprovar medidas que violem direitos de minorias com menor capacidade para resistir a essas medidas, estabelecem-se, por decisão popular, limites constitucionais denominados na teoria constitucional de pré-compromisso. Isto é, consciente de que sua autonomia poderia estar determinada por diversas forças no futuro, a vontade autônoma buscará limitar referida determinação aplicando certas considerações antecipadamente. A ideia é de que a limitação constitucional seja um meio pelo qual “a vontade do povo se assegure de seu próprio exercício responsável”.⁵³³

Considerando que uma decisão em t1 (tempo de lucidez) como uma forma de atar-se a si mesmo em uma decisão em t2 (tempo de

⁵³² Embora Vera Karam não explore a tensão própria da soberania popular enquanto fundadora de uma Constituição, é possível apontar uma tensão também – e já – na constituição da formação da vontade soberana, que se expressa, no poder constituinte – e, conseqüentemente, na própria Constituição –, enquanto decisão essencialmente conflituosa.

⁵³³ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 312, tradução nossa.

*akrasia*⁵³⁴ política) requer que o povo deposite temporalmente sua vontade em alguma estrutura externa e que, em contrapartida, não há nada de externo na sociedade, Jon Elster afirma que as sociedades não podem depositar sua vontade em estruturas que escapem de seu controle, isto é, sempre que quiserem podem desfazer suas ataduras.⁵³⁵ No que diz respeito à soberania popular, Waldron concede razão a Elster, já que o que o povo pode fazer constitucionalmente pode sempre, em algum sentido, desfazer. Contudo, é possível que o sentido em que as disposições constitucionais podem ser vinculantes tem a ver com a estrutura institucional dentro de um marco controlado por completo pelo povo como soberano popular.⁵³⁶

A alegoria de Ulisses⁵³⁷ ilustra porque os arranjos constitucionais não podem ser considerados realmente uma forma de pré-compromisso por um agente A em um tempo t1 em relação a uma decisão em tempo t2 que o próprio agente A teria tomado. Suponha-se que a tripulação de Ulisses tenha iniciado uma discussão acerca de se ele deveria seguir preso ao mastro muito tempo depois do fim do canto das sereias, dado que um dos tripulantes tenha acreditado que o intuito de Ulisses era também resistir aos atrativos da próxima ilha que estavam por passar. A consequência é que não se pode fazer outra coisa senão perguntar a Ulisses. Nessa hipótese, não lhe perguntar, considerando que isso faria com que Ulisses fosse juiz em causa própria, seria um absurdo se o que se está a jogar é o jogo do pré-compromisso. Nesse sentido, destaca Waldron: “o pré-compromisso não pode preservar a aura de autonomia (ou de democracia no caso constitucional) a menos que a pessoa atada seja realmente a que deve julgar o objetivo e o alcance de suas

⁵³⁴ Expressão utilizada por Jon Elster em *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. Do grego, significa não ter comando sobre si mesmo.

⁵³⁵ WALDRON, op. cit., 2005, p. 312.

⁵³⁶ WALDRON, op. cit., 2005, p. 312.

⁵³⁷ De acordo com o mito, com o objetivo de reencontrar Penélope, Ulisses embarca para uma viagem de volta à Ítaca. Consciente das tentações que poderia enfrentar em sua viagem, ordena aos tripulantes que o amarre ao mastro do navio para que não sucumba ao encanto que as sereias, impedindo, deste modo, o prosseguimento da viagem como havia previamente planejado. 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.

ataduras”.⁵³⁸ Se, na hipótese, Ulisses não é capaz de oferecer uma resposta racional a menos que a tripulação evite de lhe perguntar até que ele esteja seguramente distante da influência do canto das sereias, então a tripulação precisa tomar sua própria decisão, qual seja, se deve vendar os olhos de Ulisses ou não. Desse ponto de vista, Waldron sinaliza que não se sustenta a justificativa de que a decisão foi tomada como forma de consumir a autonomia de Ulisses; “o melhor que podemos dizer agora em termos de autonomia é que estamos atuando, de forma paternalista, como Ulisses *teria atuado* se estivesse lúcido e em posse de informação completa, e não que estamos atuando como ele queria que fizéssemos em defesa de sua autonomia”.⁵³⁹

A relação que se estabelece na lógica do pré-compromisso político é similar: o povo é presumivelmente a autoridade sobre as questões nas quais se pré-comprometeu. Se essa autoridade é desafiada ou o povo se encontra em estado de *akrasia* política – circunstância que queria evitar quando estabeleceu limitações constitucionais –, então a noção de pré-compromisso não é mais útil em relação a essa controvérsia. Em outras palavras, quando não está mais claro ou se apresenta controvérsia com o que, de fato, o povo se comprometeu, perde-se todo o fundamento da ideia de pré-compromisso para a defesa de uma interpretação contra as objeções democráticas.

No caso constitucional trata-se de uma sociedade cujos membros quase sempre discordam sobre princípios, sobre os direitos que possuem e no que eles implicam, incluindo os momentos de lucidez e calma. Com efeito, o pré-compromisso constitucional nessas circunstâncias não é tanto pelo triunfo de uma racionalidade preventiva tal como aparece no exemplo de Ulisses, mas sim “o predomínio sustentado artificialmente de um ponto de vista político sobre os demais, enquanto as completas questões morais permanecem não resolvidas”.⁵⁴⁰ Nesse sentido, mostra-se claramente perigosa qualquer analogia simplista entre a autonomia racional dos indivíduos e o governo democrático de uma sociedade. Isso porque, a ideia de uma sociedade atando a si própria contra certos atos legislativos futuros é problemática no caso em que os membros dessas sociedades divergem sobre a necessidade de se prevenir tais “ataduras”, ou se estão de acordo, ainda que abstratamente, sobre o conteúdo e caráter dessas limitações. Conforme assevera Waldron, é

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 317, tradução nossa.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 317, tradução nossa.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 320, tradução nossa.

ainda mais problemático quando se acredita que esses desacordos vão persistir e vão se desenvolver de formas imprevisíveis; “e passa a ser disparadamente mais problemático nos casos em que a forma do pré-compromisso consiste em atribuir a decisão procedimentalmente a outro órgão, cujos membros estão tão divididos e enfrentados sobre as questões como estavam os anteriores”.⁵⁴¹

A pluralidade de uma comunidade política, a inevitável existência de diversidade de opiniões e desacordos razoáveis entre seus membros sobre todos os assuntos que concernem aos direitos e à justiça e à dinâmica da deliberação, tanto formal quanto informal, ao longo do tempo; estas três coisas significam que raramente estamos em disposição de afirmar, com alguma segurança, que a maioria que apoia uma determinada posição em t2 representa a debilidade ou o pânico que os que se opunham a esta posição em t1 tinham razões para temer. *Pode* representar a *akrasia* que temiam. Mas igualmente pode não representar nada mais que o tempo de mudança na ponderação da opinião que associamos naturalmente com a deliberação contínua (*ongoing*), especialmente quando as circunstâncias mudam e nossa geração sucede a anterior no corpo político.⁵⁴²

Aqui reside a tensão da soberania popular quando, pelo poder constituinte, funda uma Constituição. O conflito se exprime exatamente no desacordo persistente quando, no momento em que a vontade se fez soberana, um povo inteiro, que compreende milhões de indivíduos, decidiu, predominantemente (maioria), estabelecer limitações as quais uma outra parcela (minoria) pode não ter concordado sobre se essas limitações seriam necessárias ou sobre se seu conteúdo é realmente o mais apropriado ou, ainda, no que ele implica. Nestes termos, a soberania popular enquanto forma política do poder constituinte lega a este o conflito intrínseco que lhe integra enquanto vontade soberana.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 321-322, tradução nossa.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 323, tradução nossa.

Poder constituinte, nas lições de Carl Schmitt, consiste na “vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão do conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política como um todo”.⁵⁴³ Uma Constituição não se apoia em uma norma cuja justiça seja seu fundamento de validade, mas sim em uma decisão política que surge de um ser político. Assim, uma vez exercitado o Poder constituinte, sua vontade segue subsistindo sobre a Constituição. O Poder constituinte é unitário e indivisível⁵⁴⁴, de modo que não é coordenado juntamente com os outros poderes; é a base que abriga todos os outros poderes e divisão dos mesmos. Nessa esteira, o povo é quem figura como sujeito do Poder constituinte. A doutrina do Poder constituinte estabelece que o Poder constituinte do povo pressupõe a vontade consciente da existência política e, portanto, uma Nação. Esta segue como a base de todo acontecer político, a fonte de toda força que se manifesta em formas sempre novas, não subordinando nunca sua existência política a uma formulação definitiva.

Vera Karam assinala que, para a ciência do direito, “o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional emana”.⁵⁴⁵ Consiste no poder de elaborar a nova Constituição, e é a partir dele que os poderes constituídos adquirem toda sua estrutura. A instauração de uma nova ordem jurídico-constitucional advém exatamente de sua manifestação enquanto poder onipotente e expansivo, de modo que é avesso a uma integração que o totalize em um sistema hierárquico de normas e competências, permanecendo, portanto, presente, mas estranho ao Direito. “É um poder que funda o direito, mas se opõe a sua fundação”.⁵⁴⁶

O poder constituinte, por isso, não emana de outro poder constituído, isto é, não se configura como uma instituição do poder constituído. Conforme explana Schmitt, é o povo que manifesta seu poder constituinte mediante qualquer expressão reconhecível de sua imediata vontade de conjunto, dirigida à uma decisão sobre o modo e a forma de anuência da unidade política, que o autor denomina de opinião pública. “A vontade constituinte do povo é imediata, anterior e superior a todo procedimento de legislação constitucional. Nenhuma lei

⁵⁴³ SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 93-94, tradução nossa.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 95.

⁵⁴⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, n. 58, 2013, p. 30.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 30.

constitucional nem mesmo a Constituição pode suplantar esse poder”⁵⁴⁷. Assim, conclui-se que uma Constituição é legítima quando a força e autoridade do Poder constituinte em que repousa sua decisão é reconhecida. A legitimidade democrática se apoia, portanto, no pensamento de que o Estado é a unidade política do povo, sendo que o sujeito desta definição de Estado é o povo. O modo e a forma da existência estatal se determinam segundo o princípio da legitimidade democrática, pela livre vontade do povo. E a vontade constituinte do povo não está vinculada a nenhum procedimento determinado.⁵⁴⁸

É nesse sentido que o poder constituinte significa onipotência, onipresença e nenhuma limitação: “a potencialidade não (pre)domina (sobre) a atualidade, ao contrário, nesta se dissolve, pois ambas são modos do Ser primeiro, o poder constituinte não (pre) domina (sobre) a soberania ou esta se dissolve naquele. A soberania retém a sua potencialidade ou seu poder constituinte, porém, na forma de uma suspensão”.⁵⁴⁹ Considerando que o poder constituinte reside em um impulso, ele é potência que funda a Constituição, permanecendo em tensão com os poderes constituídos. Estes, poderes legislativo, executivo e judiciário, aos quais Vera Karam denomina de constitucionalismo, “defenderão e resguardarão a própria Constituição, não porque formalmente ela se impõe como norma fundamental (Kelsen) ou como decisão política fundamental (Schmitt) mas porque, conforme Derrida, se a democracia está por vir, isto requer uma ação política no presente”.⁵⁵⁰ A relação tensionada advém de uma Constituição que, estabelecida pelo poder constituinte – e, portanto, pela democracia a partir da soberania popular –, constitui poderes constituídos que, com o fito de resguardá-la, impões restrições constitucionais ao seu próprio poder.

A tensão entre poder constituinte e poderes constituídos conduz, necessariamente, à terceira tensão, qual seja, entre constitucionalismo e democracia. Ambos são atributos desejáveis de um sistema político. Por constitucionalismo entende-se o Estado de direito na aplicação de leis que foram publicamente promulgadas e aprovadas de maneira preestabelecida; seu caráter de prospecção (*nulla poena sine lege*), de generalidade (como os casos são tratados da mesma forma),

⁵⁴⁷ SCHMITT, op. cit., 2006, p. 101, tradução nossa.

⁵⁴⁸ Cf. SCHMITT, op. cit., 2006, pp. 100-101.

⁵⁴⁹ CHUEIRI, op. cit., p. 31.

⁵⁵⁰ CHUEIRI, op. cit., pp. 32-33.

estabilidade, clareza e ordenação hierárquica (as normas mais específicas se conformam às mais gerais). Ainda, que essas leis são aplicadas a casos particulares por tribunais independentes dos governantes políticos e abertos a todos, cujas decisões respondem a exigências processuais, e que estabelecem culpa por meio do processo ordinário de julgamento.⁵⁵¹

O governo democrático, por sua vez, exige o governo pelo povo ou por seus representantes eleitos. Mas também pode exigir que o leque de escolhas abertas ao governo seja amplo e não limitado por restrições impostas externamente (como as proteções legais para as minorias), ou, ainda, que as pessoas sejam regularmente e genuinamente consultadas sobre mudanças legais fundamentais, de modo que instituições ou práticas de deliberação e consulta estejam instaladas e funcionando.⁵⁵² Um pacto de “incertezas previsíveis”, segundo Adam Pzeworski.⁵⁵³ Diante disso, o paradoxo que marca essa tensão pode ser assim colocado:

Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. In: MARAVALL, José María Maravall; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the rule of law**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 261.

⁵⁵² FERREJOHN, *ibidem*, p. 242.

⁵⁵³ PRZERWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. **Novos estudos**, n. 9, São Paulo, jul. 1984, p. 37.

⁵⁵⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direto GV**, v. 6, n. 1, São Paulo, jan.-jun. 2010, p. 160.

Stephen Holmes, ao discorrer sobre os pré-compromissos e o paradoxo da democracia, analisa que a tensão entre constitucionalismo e democracia se estabelece especialmente porque o constitucionalismo é essencialmente antidemocrático, uma vez que a Constituição separa certas decisões da deliberação democrática, atando as mãos da comunidade. Nas explicações de Antonio Negri, essa dificuldade se acentua ainda mais pelo fato de a democracia ser rebelde à constitucionalização.⁵⁵⁵ Ou seja, “a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada, contida nas fronteiras que ela própria criou”.⁵⁵⁶

Esse fenômeno, contudo, não se presta a silenciar a vontade da maioria, ou obstruir a fruição de direitos fundamentais. Holmes observa que, ao contrário, ela atua como um remédio contra ações pautadas por circunstâncias imediatistas em detrimento de princípios perduráveis.⁵⁵⁷ A partir disso, a democracia nunca é o governo do povo somente, mas um governo do povo por certos canais pré-estabelecidos, certas normas eleitorais pré-fixadas. Os cidadãos só podem impor sua vontade por meio de eleições celebradas sobre a base de um plano pré-existente. Esse constitui o paradoxo da democracia: os indivíduos podem aumentar seu poder atando suas próprias mãos, de forma que a democratização limitada serve como continuação do governo democrático.⁵⁵⁸

Soberania popular, democracia, poder constituinte, poderes constituídos e constitucionalismo estão irremediavelmente em conflito. Vale dizer, soberania popular é marcada, genuinamente, pelo desacordo razoável persistente, sendo, assim, a expressão da democracia. Esta, por sua vez, enquanto forma política do poder constituinte, é o componente (povo) que impulsiona a nova ordem jurídico-política. O poder constituinte compreende a potência que funda a Constituição, ou seja, o poder imanente que com ela não se confunde, mas permanece inseparavelmente contido, impulso fundante e permanente do qual emerge a Constituição. Esta, enquanto ato político que estabelece os poderes constituídos, organiza-os separada e independentemente para

⁵⁵⁵ NEGRI, 2002 apud CHUEIRI, 2013, p. 30.

⁵⁵⁶ CHUEIRI, op. cit., 2013, p. 30.

⁵⁵⁷ HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia, in ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (orgs). **Constitucionalismo y democracia**. Fondo de Cultura Economico: México, 1999, p. 220.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 217.

que defendam os direitos da comunidade política e defenda-os por meio de procedimentos por ela mesma pré-estabelecidos.

Disso resulta que o conflito não é um elemento exterior, não se encontra fora do sistema; pelo contrário, ele se constitui enquanto elemento intrínseco e permanente da dinâmica do Estado Democrático de Direito. Se a Constituição se pressupõe enquanto poder constituinte (e não pressupõe o poder constituinte, como bem assevera a Prof. Vera Karam), e incorpora tanto a democracia quanto o constitucionalismo, então, por essência, ela é tensão e é conflito. Esse conflito é o que caracteriza o caráter político da Constituição, isto é, a sua dimensão constitutivamente antagônica. Nesses termos, trazer a dimensão agonista de Chantal Mouffe para a visão de Constituição radical implica em considerar essas dicotomias não como “termos” que se excluem, em que um ou outro deve ser eliminado, dado que todo consenso presume sempre uma exclusão,⁵⁵⁹ mas como tensões próprias da dinâmica constitucional que podem ser manejadas como expressões explicitamente de confronto, cujo conflito dinamiza e oxigena a democracia e, portanto, a própria Constituição.

A ideia de promessa da Constituição está associada à concepção de Derrida de que a própria condição de existência da linguagem exige a dimensão performativa da promessa. Nesse sentido, tanto a linguagem do constitucionalismo quanto a linguagem da democracia são, em si mesmas, promessa e agonistas: “No constitucionalismo, a promessa da Constituição e sua efetivação através do exercício de direitos; na democracia, a promessa como a sempre presente possibilidade de renovação dos direitos e de abertura, eis que a democracia pressupõe a possibilidade de sua própria desconstrução”.⁵⁶⁰ Essa ideia perpassa pela concepção de que Constituição e poder constituinte, historicamente identificados como correspondentes, estão vinculados tanto de forma contingente e eventual quanto imanente. “Isso implica não reduzirmos a constituinte (promessa) e a Constituição (real efetivação) aos termos de uma lógica dual (outro mundo/este mundo)”. A premissa fundamental da Constituição radical, portanto, desconstrói a crença de que a Constituição é somente um texto ou de que a previsão de suas normas é capaz de apaziguar as tensões do campo da política, ou, ainda, que “basta constitucionalizar as diversas relações que se estabelecem na sociedade (...) e elas se realizarão da maneira prescrita pela norma

⁵⁵⁹ MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000, p. 105.

⁵⁶⁰ CHUEIRI, op. cit., 2013, p. 28.

constitucional, de forma que a promessa se cumpriu e, assim, viveremos uma realidade livre das tensões, como se fosse o paraíso”.⁵⁶¹

A Constituição radical é, com efeito, esse indeterminado absoluto aliado a um futuro estrutural, um futuro a acontecer. Nesses termos, a estrutura desse futuro absoluto ou dessa promessa (Constituição) contempla a abertura ao momento presente, de modo que resta impossível que este encerre em si mesmo:

Tal promessa, impulso ou força constituinte, impede que a Constituição se esgote nas amarras rígidas do direito (ou do constitucionalismo) como fonte de produção das normas constitucionais. Ainda que o constitucionalismo diga respeito à limitação do poder constituinte e da democracia e, assim, se autoimponha um fechamento, este será sempre provisório e tenso. Constituição como promessa e a Constituição efetiva, assim como o poder constituinte, a democracia e o constitucionalismo experimentam uma permanente e inerradicável tensão.⁵⁶²

Entretanto, a partir de uma domesticação do poder constituinte, esses significados são sacrificados, entendendo a Constituição, cuja criação é do poder constituinte e da democracia, “como obstáculo do próprio poder constituinte e da própria democracia enquanto expressão da soberania popular”.⁵⁶³ A manutenção do conflito a partir da paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia e entre poder constituinte e poder constituído advém da necessidade de conceber o constitucionalismo como um processo que “ao invés de frear o poder constituinte, o exhibe, o expõe e o reafirma quando garante, protege e renova os compromissos democráticos, sobretudo através da realização da Constituição”.⁵⁶⁴ Embora o constitucionalismo se refira ao passado ele também acontece no presente, não como simples repetição do passado, mas como “condição para o exercício dos direitos, isto é, como condição para a ação política e, assim, o constitucionalismo abre

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁵⁶² CHUEIRI, op. cit., 2013, p. 27.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

perspectivas para o futuro. Ou seja, pode/deve também o constitucionalismo olhar para o presente e ter vistas ao futuro”,⁵⁶⁵ como concretização radical da Constituição. Dessa forma, para Vera Karam, recuperar a ideia e a práxis de que, ao se autolegislar, o povo soberano funda a Constituição e retém o traço político próprio do poder constituinte remete à responsabilização de todos os poderes constituídos com a democracia e os direitos fundamentais, no momento de aplicação ou de revisão.

Na sua relação com o tempo o poder constituinte é sua suspensão, mas também sua aceleração. O poder constituinte se opõe ao constitucionalismo como governo limitado pelo direito. A limitação do poder pelo direito e, da mesma forma, o controle sobre o governo não se encaixam em um impulso constituinte (o tempo presente) sendo, precisamente, o oposto, a coisa constituída (o tempo passado). O tempo, em seu presente contínuo, constituiu um novo tempo que não somente redime o tempo passado, mas o transforma. O constitucionalismo limitado à uma ideia de Constituição é sempre um olhar para o passado, ou seja, o tempo passado juridicamente constituído, a menos que ele retenha o impulso constituinte (a promessa).⁵⁶⁶

É nesse sentido que a possibilidade de uma Constituição radical se materializa no momento de sua aplicação, precisamente porque é a partir do momento presente que se pode atualizar e revigorar sua potência: “a potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é também decisão política fundamental e, assim, fundamenta decisões políticas e jurídicas, digamos, de uma segunda ordem, que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, deve ser desobedecida”.⁵⁶⁷ Sendo assim, se a promessa da democracia, tal qual do poder constituinte, caracteriza-se por ser “ao mesmo tempo, um sobrestamento, uma suspensão, o que não se decide, como também

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁶⁶ CHUEIRI, op. cit., 2013, p. 29.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 34.

um impulso para a Constituição real, efetiva, para o decidível”, a Constituição radical é precisamente a tensão, que reúne passado e presente na dinâmica constitutivamente conflitiva própria soberania popular.

É o art. 1º da Constituição Federal de 1988 que estabelece a soberania popular como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. E é no parágrafo único do mesmo dispositivo que a Constituição prescreve que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁵⁶⁸ Os parlamentares compõem, portanto, o poder institucional do povo, criando mediações para possibilidade de seu exercício, ou a *potentia* delegando poder a *potestas*, nas palavras de Enrique Dussel. Segundo o autor, a *potentia* corresponde “ao poder que tem a comunidade como uma faculdade ou capacidade que é inerente a um povo enquanto última instância da soberania, da autoridade, da governabilidade, do político”.⁵⁶⁹ A *potestas* é a “necessária institucionalização do poder da comunidade do povo”,⁵⁷⁰ isto é, é o exercício delegado do poder quando a comunidade política se afirma em si mesma como poder instituinte. É nesse sentido que Jeremy Waldron ressalta que, na lógica do pré-compromisso, o povo é presumivelmente autoridade e não juiz em causa própria.⁵⁷¹ Não obstante, é evidente um distanciamento entre os mecanismos representativos vigentes e o ideal de soberania popular. Com razão, Luis Felipe Miguel assinala que uma compreensão aprofundada do fenômeno exige que se enfoque a insuficiência da representação política tal como entendida correntemente.

A imprescindibilidade da representação parlamentar atualmente advém da inviabilidade da participação direta de todos no debate público, especialmente em razão da estruturação das sociedades contemporâneas, caracterizadas por serem populosas, extensas e complexas. Nesse sentido, a representação “é um mecanismo crucial

⁵⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁵⁶⁹ DUSSEL, Henrique. **20 teses de política**. Trad. de Rodrigo Rodrigues. São Paulo: CLACSO, 2007, p. 29.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁷¹ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 317.

para a manutenção do conflito social em níveis manejáveis”,⁵⁷² contudo, ela também revela uma tensão. O paradoxo democrático mais básico reside no regime político que atribui as funções de governo a uma categoria que se define exatamente por não governar. Se povo, enquanto categoria política, reúne pessoas que estão submetidas a um governo, então “povo e governo se opõem e são antípodas na relação de dominação política”.⁵⁷³ Repousa, aqui, mais uma tensão na medida em que “o governo de um povo é uma contradição em termos”.⁵⁷⁴

Sendo assim, a representação política está diretamente tensionada à democracia pelo fato de que a representação introduz necessariamente uma espécie de desigualdade entre representantes e representados, e um dos elementos centrais na compreensão de democracia é a ideia de igualdade. O grande desafio da representação democrática é, então, reduzir os desvios entre as ações dos representantes e a vontade dos representados; em contrapartida, o desafio de uma democracia representativa é a redução do diferencial de poder. Essa não é uma tarefa simples e requer uma ampliação da compreensão de representação que vislumbre a representação política como um passo além da simples – e importante – transferência formal de poder a um corpo eleito, isto é, “um modelo representativo inclusivo precisa contemplar com mais cuidado as questões ligadas à formação da agenda, ao acesso aos meios de comunicação de massa e às esferas de produção de interesses coletivos”.⁵⁷⁵

⁵⁷² MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 97.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁷⁵ Em apertada síntese, Luis Felipe Miguel propõe três dimensões da representação, enfatizando que ocupar uma função de representação política significa participar do processo de tomada decisão em nome de outros mas também participar da confecção da agenda pública e do debate em nome de outros. Nestes termos, a formalização da relação entre representantes e representados, o aprimoramento da representatividade social da mídia e a representação de preferências formuladas autonomamente constituem orientações para dois valores principais: o “pluralismo político” de mídia e o “pluralismo social”. Em relação ao primeiro, a consciência de que os meios de comunicação integram uma esfera da representação política, na medida em que disseminam diferentes perspectivas e projetos de grupos em conflito, bem como formam e orientam as questões substantivas que devem “informar” o debate público, isto é, a formulação da agenda pública. O pluralismo social, por sua vez, envolve permitir a disseminação das visões de mundo associadas às

As imunidades parlamentares enquanto garantias constitucionais que asseguram o livre exercício do mandato e a independência do Poder Legislativo funcionam como prerrogativas orientadas tanto a assegurar a soberania popular e, portanto, a democracia, quanto o Estado democrático de direito e, portanto, o constitucionalismo; é expressão tanto do poder constituinte e, portanto, potência imanente, quanto dos poderes constituídos e, assim, ato concreto. A representação política enquanto expressão da soberania popular e da democracia alinha-se diretamente ao poder constituinte, ou seja, a democracia é a forma política do poder constituinte e este constitui o impulso fundante e constituinte da nova ordem política e de uma Constituição, que estabelece e organiza os poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário), cuja missão consiste em resguardar e defender a Constituição. Vale dizer, uma composição complexa de um terreno de conflito.

Nesse contexto, a análise da aplicação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal quanto às imunidades parlamentares toca em questões basicamente de duas ordens: normas positivadas pelo constituinte originário e pressupostos fundamentais da razão de ser dessas normas. Se “pôr fim à deliberação sempre resulta de uma decisão que exclui outras possibilidades e pela qual não se deve deixar de assumir responsabilidade com o apelo a comandos de regras gerais ou princípios”,⁵⁷⁶ restringir o sentido e o alcance de uma norma constitucional, com base em interpretação de regras fugidias da própria Constituição, sob o argumento político e moral do desvio dos padrões comportamentais de parlamentares quanto ao poder representativo atribuído pelo povo, devolve ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de uma justificação de suas decisões. Neste ponto, a justificação não está no âmbito da norma – embora ela figure como baluarte de sucessivas ingerências em questões da política nacional. A justificativa reside, então, no desejo de expandir sua autoridade sobre questões explicitamente políticas, nas quais a autoridade repousa, ao fim e ao cabo, na comunidade política e, portanto, no povo, considerando toda a complexidade que essa categoria política carrega.

diferentes posições no espaço social, cuja matéria-prima integra a construção as identidades coletivas e são fundadoras das opções políticas. *Ibidem*, pp. 98, 122, 133-134.

⁵⁷⁶ MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000, p. 105.

Trazer o agonismo político para o debate constitucional implica em reconhecer o conflito nas bases fundantes da própria Constituição, cuja sustentação incorpora, inevitavelmente, os desacordos persistentes – que manifesta a impossibilidade de se estabelecer um consenso sem exclusão. Sendo assim, as práticas políticas e judiciais revelarão continuamente a tensão em que democracia e constitucionalismo dividem terreno. Essas assimetrias percorrem a imanência do poder constituinte e a própria constituição dos poderes constituídos; solapadas no marco do consenso, desbordam em interpretações que não se limitam à divergência acerca do texto constitucional, mas denotam um conflito político que, velado nas bases da legalidade, identificam que a interpretação dos valores democráticos também está em disputa. Contudo, se a radicalidade está no conflito e é na aplicação que a Constituição retém o impulso constituinte, é nela que também deve ser assimilado o caráter conflituoso e dinâmico da soberania popular, o que irremediavelmente nos leva a afirmar que a aplicação da Constituição por uma Corte comprometida com os valores democráticos deve ser conduzida de outra forma.

5 CONCLUSÃO

O estudo das imunidades parlamentares nessa pesquisa levou em consideração duas perspectivas de análise: uma que aprecia a aplicação das garantias constitucionais parlamentares pelo Supremo Tribunal Federal e outra, que está em função da primeira, que examina o plano de fundo no qual essa conjuntura se assenta. A exposição contemplou uma avaliação dos impactos da relação refregada entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo que, didaticamente, respeitou duas dimensões. Primeiramente, reforçou-se as sucessivas violações – ou controvertidas interpretações – de regras constitucionais consignadas no Estatuto dos Congressistas em razão do exercício da jurisdição constitucional pela Corte brasileira. Em um segundo momento, explorou-se os pressupostos fundamentais pelos quais o julgamento de questões politicamente sensíveis pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos é preocupante e merece reflexão, sobretudo pela absorção seletiva do modelo de separação de poderes e pelas implicações que essa postura ocasionou no que tange ao entendimento da função da soberania popular.

A menção à exposição didática tem por objetivo explicitar que as duas dimensões estão, não obstante, direta e conflituosamente entrelaçadas. Se a autoridade das Constituições depende, também, de quão bem elas sejam interpretadas por uma Corte Constitucional⁵⁷⁷, avaliar a postura do Supremo Tribunal Federal no tratamento de questões explicitamente políticas – e que, portanto, competem à deliberação política – é uma forma de abalizar a legitimidade da atuação do Tribunal ao desempenhar suas tarefas deliberativas, bem como averiguar a própria condição na qual a Constituição Federal se encontra no enfrentamento dos poderes frente à hiperjudicialização da política e à crise institucional. Nessa perspectiva, a Constituição enquanto ato que incorpora a potência imanente do poder constituinte e que estabelece a organização dos poderes constituídos, reveste-se da tensão, sem trégua ou termo, entre democracia e constitucionalismo.

Sendo assim, avaliar a aplicação da Constituição no que se refere a normas que assegurem a independência do Poder Legislativo – frise-se, o poder que incorpora a função de legislar, expressão da soberania

⁵⁷⁷ Cf. FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988* Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. **Cadernos Adenauer XVIII**, nº 1, 2017, p. 211.

popular – não é uma análise estanque de um ponto de vista sobre normas positivadas e outro sobre valores democráticos. Se a Constituição se pressupõe enquanto poder constituinte – e a soberania popular constitui a forma política deste –, ela é a própria expressão dinâmica e conflituosa da autoridade do povo e reflete, portanto, o princípio democrático em todas as suas dimensões.

As imunidades parlamentares enquanto garantias constitucionais que asseguram o livre exercício do mandato possibilitam a atuação do Poder Legislativo com independência. Na medida em que todo poder emana do povo, diretamente ou por representantes eleitos, a prerrogativa de independência do Legislativo é o pressuposto do princípio democrático, que na soberania popular encontra sua realização última, mas também primeira. Com efeito, a representação política enquanto expressão da soberania popular e da democracia alinha-se diretamente ao poder constituinte. Este impulso fundante constitui a nova ordem política que cria a Constituição, a qual estabelece os poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário), cujas missão consiste em resguardar e defender a constituição, retirando algumas matérias de especial relevo da deliberação política majoritária. Neste desenho, três tensões se estabelecem: o desacordo persistente na formação da vontade soberana, o poder absoluto do poder constituinte frente ao poder limitado dos poderes constituídos e a representação como momento de introdução de desigualdade entre representantes e representados frente ao elemento central da igualdade na ideia de democracia.

Nessa dinâmica, o papel atribuído a um Tribunal é também expressão da soberania popular, não pelo poder que recebe, mas pela atuação no exercício desse poder. Nestes termos, a função judiciária não se traduz no exercício de jurisdição que substitua a autoridade da vontade democrática; mas, em observância a ela. “Se os mecanismos políticos estão falhando na eleição de um parlamento mais representativo, os mecanismos de controle judicial podem contribuir para aprimorar o seu funcionamento, se também contribuem para que as casas legislativas observem o devido processo legislativo”.⁵⁷⁸

A possibilidade de uma Constituição Radical evidencia um sentido agonístico na política que é preciso ser explorado na Constituição, na medida em que pretende reconhecer que o conflito é

⁵⁷⁸ FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADFP 402-DF. **Cadernos Adenauer XVIII**, nº 1, 2017, p. 209.

inerente à Constituição e à democracia, mas isso não implica que haja incompatibilidade entre eles, ou em qualquer das tensões apontadas; ao contrário, envolve localizar a tensão no âmbito do agonismo, isto é, no espaço em que o conflito ativa mecanismos de mobilizar as paixões em prol de desígnios democráticos. E é no contexto da aplicação, do tempo presente, que a Constituição incorporada radicalmente retém o impulso constituinte e mantém o conflito/tensão. Deste modo, manter a conflito significa reconhecer o político no âmbito de uma proposta de modelo agonístico de democracia, em que se deve renunciar à naturalização das fronteiras da democracia e dos embates entre seus atores – “os que eram tidos como inimigos, no interior de uma sociedade democrática, devem assumir o papel de adversários que compartilham um conjunto de valores e princípios ético-políticos, cuja interpretação está em disputa”⁵⁷⁹.

Se o poder judiciário necessariamente integra as instituições políticas enquanto um dos poderes constituídos, e o Supremo Tribunal Federal se pressupõe fora dessa dinâmica, ele se comporta, por definição, como um poder antidemocrático. Se é na aplicação que a Constituição radical é um meio para ação política, questões como a disfuncionalidade das imunidades parlamentares “merecem ser discutidas por ocasião de eventual reforma política da Constituição, tendo em vista que o desenho institucional dos três poderes necessita ser pensado conjuntamente, a fim de que reformas isoladas não causem mais desequilíbrios, ora de excesso, ora de escassez de controles recíprocos, do que aqueles atualmente existentes”⁵⁸⁰. Nessa perspectiva, não cabe a Corte efetuar relativizações de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular.

Não se nega a tarefa importantíssima que o Supremo Tribunal Federal desempenha e deve desempenhar enquanto poder que integra os poderes da República. E é por esse motivo que a ampliação dos seus poderes de julgamento sem um critério arraigado nos compromissos fundamentais da Constituição e sem um controle recíproco do seu exercício de poder pode e deve ser questionado, a fim de garantir a convivência institucional qualitativamente harmônica insculpida na

⁵⁷⁹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, 25, pp. 165-175, jun. 2006.

⁵⁸⁰ FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. *Cadernos Adenauer XVIII*, nº 1, 2017, p. 209.

separação de poderes. A segurança jurídica deve ser um valor que permeia todos os poderes, inclusive o Judiciário. Se a ele é endereçada a tarefa séria de proteger a Constituição, é também nele e a partir dele que nossa liberdade e igualdade políticas devem ser fortalecidas, notadamente em razão de seu compromisso fundamental e essencial com a legalidade, pois protegê-la é, ao fim e ao cabo, proteger toda a sociedade.

Evidentemente, os sucessivos desvios de representação devem ser questionados. É pela própria delegação do poder nas eleições e pelo controle da representação democrática que debater sobre se congressistas exercem representativamente seus poderes é uma exigência. Mas essa exigência não deve se fundar ou resultar de consequentialismo ético por parte da Corte, que reflete flagrante ofensa à separação de poderes e ao princípio democrático, exacerbando o desequilíbrio entre os poderes. Exatamente em razão da verticalização do controle de poderes é que cabe ao povo deliberar sobre as formas de se alterar as regras nas quais os poderes constituídos exercem seu funcionamento. Assim, o problema de quem e como aparece inevitavelmente para nos fazer refletir qual fórum é o mais apropriado para que questões como as garantias constitucionais parlamentares sejam modificadas.

Deste modo, não é função do Supremo Tribunal Federal julgar a postura parlamentar imiscuindo-se em critérios morais políticos. Esse é o papel do povo. O povo enquanto substância, enquanto elemento político que assimila as assimetrias própria de uma sociedade desigual, marcada pela desigualdade material e condições básicas de existência prejudicadas. Se conforme sustenta Luis Felipe Miguel, “o esforço de aprimoramento dos mecanismos representativos só ganha sentido se conectado a um ideal mais substantivo de democracia”⁵⁸¹, cabe ao debate público o desafio de ocupar espaços externos à representação nos fóruns de tomada de decisão.

⁵⁸¹ MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 134.

REFERÊNCIAS

1ª TURMA determina afastamento do senador Aécio Neves do cargo. **Notícias STF**. Brasília, 26 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356966>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

1ª TURMA recebe denúncia contra Anthony Garotinho por calúnia. **Notícias STF**. Brasília, 14 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277433&tip=UN>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

ARANTES, Rogério de Bastos. COUTO, Cláudio Gonçalves. Construção Democrática e Modelos de Constituição. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, nº 3, pp. 545-585, 2010.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 15. Brasília, set. - dez., pp. 69-94, 2014.

BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. Congresso. Exposição de motivos Proposta de Emenda à Constituição nº 610 de 1998. Diário da Câmara dos Deputados Ano LVI, nº 188. Brasília, 06 dez. 2001. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14848>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição n° 10, de 2013. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição n° 18, de 2014. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117915>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição n° 62, de 2013. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115234>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Constituição. Emenda Constitucional n° 35 de 20 de dezembro de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Senado. Decisão da Mesa do Senado Federal. Brasília, 6 de dezembro de 2016. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/noticia/renan-calheiros/decisao-da-mesa-do-senado-federal-em-face-da-decisao-do-ministro-marco-aurelio-mello>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Penal n° 866/DF. Agravantes: Ricardo Vieira Coutinho e Ministério Público Federal. Agravados: os mesmos. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consulta Processual Ação Penal n° 857/DF (2015/0280261-9). Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=APn%20857>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4039/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.070/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Eduardo Consentino Cunha. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 4 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 333/PB. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ronaldo José da Cunha Lima. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 5 de dezembro de 2007, p. 25. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual ADPF nº 402/DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975492>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 401.600-0/DF. Agravantes: Novadata Sistemas e Computadores S/A e Outro. Agravados: Arnaldo Versiani Leite Soares e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 8 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.883/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravada: Jandira Feghali. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 5.875/DF. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Aécio Neves da Cunha. Agravada: Jandira Feghali. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.671-9/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Eduardo Consentino da Cunha. Agravado: Maria Aparecida Campos Straus. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 4.327/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Aécio Neves da Cunha. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 89.417/RO. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente: José Carlos de Oliveira. Coatora: Relatora da Representação nº 349/RO do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Brasília, 22 de agosto de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 365. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo365.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 809. **Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados.** Brasília, 23 a 27 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 824. **Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 831.
Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Brasília, 20 a 24 de junho de 2016. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo831.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 846. Réu em processo-crime e substituição presidencial. **Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo846.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 850, STF. Réu em processo-crime e substituição presidencial – 2. **Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo850.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 900 do STF.
Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.672/RJ. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 14 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.932/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4097/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Luiz Inácio Lula da Silva. Investigado: Ronaldo Ramos Caiado. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 01 de dezembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4292/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Fernando Bezerra de Souza Coelho, Francisco Tadeu Barbosa de Alencar, Geraldo Júlio de Mello Filho, Paulo Henrique Saraiva Câmara. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.326/DF. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 2 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 5956/DF. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Edva Moreno Aguilar ou Edva Moreno Aguilar Bonassa. Requerido: Fernando Destito Francischini. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 6 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 396/RO. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia. Réu: Natan Donadon. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 3 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 600063/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402/DF. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito & Práxis**, v. 07, n. 13, pp. 346-388, 2016.

CALVO, Ernesto; GUARNIERI, Fernando; LIMONG, Fernando. **Why coalitions? Party system fragmentation, small party bias, and preferential vote in Brazil.** Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a_6597ce9bf0534cdcb7414311d7eff9e9.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política.** Curitiba, n. 28, pp. 161-179, jun. 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR.** Curitiba, n. 58, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV,** v. 6, n. 1, São Paulo, jan.-jun. 2010.

COSTA, Alexandre Araújo Costa; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

COUTINHO, Filipe; FERNANDES, Talita. Retrospectiva 2016: O ano em que o Supremo exibiu os músculos. **O Globo,** 26 dez. 2016. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/retrospectiva-2016-o-ano-em-que-o-supremo-exibiu-os-musculos.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. A prisão do Senador Delcídio foi flagrante ou preventiva? **Amo Direito,** 26 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.amodireito.com.br/2015/11/a-prisao-do-senador-delcidio-foi.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. **Manual de Direito Penal.** 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodvum, 2015.

DEPUTADO afastado Eduardo Cunha renuncia à presidência da Câmara. **Rádio Câmara**. Brasília, 7 jul. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/512052-DEPUTADO-AFASTADO-EDUARDO-CUNHA-RENUNCIA-A-PRESIDENCIA-DA-CAMARA.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

DUSSEL, Henrique. **20 teses de política**. Tradução Rodrigo Rodrigues. São Paulo: CLACSO, 2007.

EDUARDO Cunha é cassado na Câmara. **Rádio Câmara**. Brasília, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/516152-EDUARDO-CUNHA-E-CASSADO-NA-CAMARA.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

ELSTER, Jon. Forças e mecanismos no processo de elaboração da constituição. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 9-40.

_____. Regla de Mayoría y derechos individuales. **Agora**: caderno de estudos políticos, ano 4, n. 8, pp. 23-57, 1988.

_____. **Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

_____. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. **Lua Nova**, São Paulo, n. 69, pp. 123-146, 2006.

FALCÃO, Joaquim et. al. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

FORO para governadores e conselheiros é restrito a fatos relacionados ao cargo. **Notícias STJ**. Brasília, 20 jun. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Foro-para-governadores-e-conselheiros-%C3%A9-restrito-a-fatos-relacionados-ao-cargo>. Acesso em: 28 fev. 2019.

FREITAS, Graça Maria Borges de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Separação e Equilíbrio de Poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988 Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. **Cadernos Adenauer XVIII**, nº 1, 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Projeto de Lei 4.850 vai muito além de crimes de abuso de autoridade. **Conjur**, 4 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/segunda-leitura-projeto-lei-4850-alem-crimes-abuso-autoridade>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GARCIA, Gustavo Garcia; RAMALHO, Renan. Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF. **G1 – Política**. Brasília, 6 dez. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

GARGARELLA, Roberto (org). **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. 2 volumes. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

HARTMANN, Ivar A.; CHADA, Daniel. A Razão sem Condições de Qualidade. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva Ferreira. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 13, n. 17, pp. 268-283, jan.-dez., 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

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

_____. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. *In*: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs). **Constitucionalismo y democracia**. Fondo de Cultura Economico: México, 1999, pp. 217-262.

HORTA, Raul Machado. Imunidades Parlamentares. **Revista de informação legislativa**, v. 4, n. 15/16, jul./dez. 1967. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180793>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial. **Novos estudos – CEBRAP**, Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988, n. 96, pp. 76-77, São Paulo, July 2013.

_____. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos – CEBRAP**, Dossiê: 25 anos da constituição de 1988, n° 96, São Paulo, July 2013.

LIMA, Deyvison Rodrigues. O conceito do político em Carl Schmitt. **Argumentos Revista de Filosofia**, ano 3, n° 5, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodvim, 2017.

LOCKE, John. **Dois Tratados do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 2006.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n° 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MARAVALL, Jose Maria; PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Rule of Law**. New York: Cambridge University Press, 2003.

MAUS, Ingeborg. Separação de Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Tradução Adauto Villlela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MESA Diretora abre processo para perda de mandato de Natan Donadon. **Câmara Notícias**. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/446157-MESA-DIRETORA-ABRE-PROCESSO-PARA-PERDA-DE-MANDATO-DE-NATAN-DONADON.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, pp. 13-43, 2014.

_____. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Luiz, org. **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

MOTA, Thiago. O Trágico e o Agón em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche**, v. 1, n° 2, pp. 79-92, 2° semestre de 2008.

MOUFFE, Chantal. **Agonistics: thinking the world politically**. New York/London: Verso, 2013.

_____. **El retorno de lo político** - Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Tradução Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. **On The Political**. London/New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2005.

_____. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, 25, pp. 165-175, jun. 2006.

_____. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000.

MUNIZ, Mariana. STJ aplica decisão do STF sobre foro e envia caso de governador para 1ª instância. **JOTA**, 07 out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/ricardo-coutinho-foro-stj-07052018>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PASQUINO, Pasquale. **Classifying Constitutions**: preliminary conceptual analysis. *Cardozo Law Review*, v. 34, pp. 999-1019, 2013.

PENA pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. **Notícias STF**. Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. **Revista Juris Poiesis**, n. 17, pp. 343-359, 2014. Disponível em: <<https://portal.estacio.br/media/2485/revistas-juris-poiesis-14.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PITKIN, Hanna Fenichel. **Representação**: palavras, instituições e idéias. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. **The Concept of Representation**. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1972.

PLENÁRIO rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato. **Senado Notícias**. Brasília, 17 out. 2017. Disponível

em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-devolve-mandato-a-aecio-neves>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 9, pp. 36-46, 1984 [1983].

_____. Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts. **Scandinavian Political Studies**, v. 34, nº 2, pp. 168-182, 2011.

RAMALHO, Renan; GARCIA, Gustavo. STF decide que afastamento de parlamentares depende de aval do Congresso. **G1**. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-decide-que-pode-impor-medidas-cautelares-mas-que-aplicacao-sera-submetida-ao-congresso.ghtml>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Teoria de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SEE, Harold. The Meaning of the Constitution and the Selection of Judges. **Faulkner Law Review**, v. 8, p. 175, 2016; Belmont University College of Law Research Paper nº 2017-27. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2994077>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUTO, Isabella. Juízes e desembargadores são convocados para discutir supersalários. **Em.com.br**, 29 nov. 2016. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/29/interna_politica.827984/juizes-e-desembargadores-sao-convocados-para-discutir-supersalarios.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2019.

STF define aplicação de medidas cautelares do CPP a parlamentares. **Notícias STF**. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358853>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

STF encerra processo e determina prisão do deputado Natan Donadon. **Notícias STF**. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242230>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

SUNSTEIN, Cass. **Acuerdos Carentes de Una Teoría Completa en Derecho Constitucional**. Cali: Universidad Icesi, 2007.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago, 2002.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfoses da democracia. Tradução Pedro Galé e Vinicius de Castro Soares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013.

_____. Representação como advocacy. Tradução Sieni Maria Campos. **Política & Sociedade – Revista de Sociologia Política**, v. 9, n. 16, abr. 2010.

_____. **Representative Democracy: principles and genealogy.** Chicago: Chicago University Press, 2006.

_____. **Democracy Disfigured – Opinion, Truth, and the People.** New York: Harvard University Press, 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, pp. 389-406, São Paulo, jul.-dez. 2008.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos 3 – Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, ano 3, n. 3, 2009. Disponível em: <<http://escritos.rb.gov.br/numero03/artigo13.php>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.** Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

VIANNA, Luís Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV.** São Paulo, pp. 441-464, jul.-dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Derecho y desacuerdos.** Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. Os fundamentos do liberalismo. Tradução de Lucas Petroni. *In: Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política*, n. 5, pp.102-132, 2012.

_____. **Political Political Theory: essays on institutions.** Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **Separation of Powers or Division of Power?.** NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 12-20. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045638>.
Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6P, p. 1390. Disponível em:
<<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5011&context=yjlj>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. **The dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. São Paulo: Ática, 2000.