

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO BRUNO PEREIRA DE MORAES

**PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE
RESPONSABILIDADE:
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Florianópolis
2017

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

Moraes, Leonardo Bruno Pereira de
Processo e Julgamentos dos Crimes de
Responsabilidade: A Judicialização da Política /
Leonardo Bruno Pereira de Moraes; orientador, Luiz Carlos
Cancellier de Olivo - Florianópolis, SC, 2017.
172 p.

- Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Impeachment. 3. Judicialização da
Política. 4. Crimes de Responsabilidade. 5. Supremo
Tribunal Federal. I. Olivo, Luiz Carlos Cancellier de.
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

LEONARDO BRUNO PEREIRA DE MORAES

**PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE
RESPONSABILIDADE:
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador:
Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis
2017

Leonardo Bruno Pereira de Moraes

**PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE
RESPONSABILIDADE:
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Título de Mestre e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador de Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira (UFSC)

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori (UFSC)

Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Junior (UNIVALI)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, aos meus pais, Edmundo Carlos de Moraes e Neli Eugênia Costa Pereira, pelo esforço que sempre fizeram para que esse momento se concretizasse.

Ao Magnífico Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo, com quem tive a grande oportunidade de aprender muito ao longo dos últimos anos, sobre direito, política e sobre a vida. Ao Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Junior, pelas conversas, pela inspiração e, especialmente, compreensão nos momentos de construção desse trabalho.

Aos professores Cláudio Ladeira de Oliveira e Luiz Henrique Urquhart Cademartori por aceitarem participar da banca de Defesa de Dissertação e pelas inúmeras lições durante essa jornada. Ao Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr. pela ajuda nos primeiros passos na pesquisa e pelo constante estímulo na continuidade da carreira acadêmica.

Aos colegas do escritório Menezes Niebuhr Advogados Associados, em especial aos amigos Luiza Cesar Portella, Gustavo Stollmeier Matiola e Marina Rabelo Martins Pereira, que, peço licença para citar o Dr. Luiz Magno, “tiveram que lidar com o cansaço, com as ausências e com todos os desafios associados à reta final de qualquer trabalho dessa natureza. Agora, finalmente, poderei ‘estar de volta’”. Também uma importante lembrança aos colegas da “sala da caxumba”, pelo companheirismo ao longo dos últimos praticamente dois anos. Aos queridos Isaac Kofi Medeiros, Renata Caroline da Silva, Luiz Eduardo Altenburg de Assis e Amanda Pauli De Rolt, pelas cervejas inspiradoras durante a construção desse trabalho. À Leticia Mulinari Gnoatton, pelo incentivo em alcançar esse objetivo.

Aos colegas de Mestrado, especialmente aos nobres Arthur, Braulio, Daniel, Edinho, Luis Felipe, Marcelo, Pante e Pujol, que compartilharam esse desafio nestes dois anos juntos. De igual forma, às colegas de PPGD, Luiza Silva Rodrigues, Fernanda Santos Schramm e Gabriela Bittencourt, às quais desejo todo o sucesso do mundo.

Aos amigos do Centro Acadêmico XI de Fevereiro, de cada uma das cinco gestões que passaram pelo CCJ desde o memorável ano de 2012, cujas amizades tenho certeza que levarei para o restante da vida. Um agradecimento especial à Mariana Salgado Castro.

Shortly after the Supreme Court's 5-4 decision in Bush v. Gore, one member of the majority, Associate Justice Clarence Thomas, addressed a group of students in the Washington, D.C., area. He told them that he believed that the work of the Court was not in any way influenced by politics or partisan considerations. This speech was widely reported in the press. Afterwards the question on many legal scholars' minds was not whether Justice Thomas had in fact made these statements. The question was whether he also told the students that he believed in Santa Claus, the Easter Bunny, and the Tooth Fairy.

(Jack M. Balkin, professor de Direito Constitucional da Yale Law School, em seu ensaio *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*)

RESUMO

Na tentativa de trazer as discussões sobre a judicialização da política para o cotidiano do Brasil, esta dissertação busca compreender as relações jurídico-políticas entre o constitucionalismo contemporâneo e o novo papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira, analisando os casos de atuação do Supremo Tribunal Federal na análise de constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Crimes de Responsabilidade, que regulamentam o seu processo e julgamento. Sob essa perspectiva, destaca-se o constitucionalismo contemporâneo enquanto um fenômeno com início a partir da metade do Século XX, que alterou a forma e o conteúdo das constituições modernas, que passaram a garantir direitos fundamentais à população, deixando de ser uma norma jurídica essencialmente de organização do Estado para se tornar o centro do ordenamento jurídico. Como consequência, o Poder Judiciário passou a ocupar um espaço importante nos conflitos de maior relevância social, participando do jogo político com o Executivo e o Legislativo. Nesse campo, insere-se a temática do *impeachment*, ou dos crimes de responsabilidade, que tem como o seu objetivo atribuir sanções políticas ao Presidente da República, dentre outras autoridades. Assim, analisa-se a natureza do instituto jurídico e suas repercussões ao longo da história. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previa que houvesse legislação especial sobre o assunto, contudo, em razão da inexistência de nova lei a respeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os casos dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Vana Rousseff, decidiu reconhecer como parcialmente recepcionada a Lei n. 1.079/50. De acordo com o contexto, analisa-se as decisões do Supremo Tribunal Federal nesses julgamentos e os elementos da Lei n. 1.079/50 que foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e regulamentam o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade no Brasil.

Palavras-chave: constitucionalismo contemporâneo, judicialização da política, impeachment, crimes de responsabilidade, Supremo Tribunal Federal, separação de poderes.

ABSTRACT

As an attempt to bring the discussions about the judicialization of politics into Brazilian daily life, this dissertation seeks to understand the juridical-political relations between contemporary constitutionalism and the new role of the Judiciary in Brazilian society. In order to achieve this purpose, this study analyses the Federal Supreme Court's cases concerning the Law on Crimes of Responsibility, which is responsible for regulating its process and judgment, according to Brazilian Constitution. From this perspective, contemporary constitutionalism stands out as a complex event that began in the mid-twentieth century, which changed the form and content of modern constitutions, coming to guarantee fundamental rights to the population. In addition, constitutions ceased being a juridical norm that essentially organize the State to become the center of the legal system. Therefore, the Judiciary began to occupy an important space in the conflicts of greater social relevance, participating in the political game with the Executive and the Legislative. One of this subjects is the "impeachment", or "Crimes of Responsibility", that has the purpose to assign political sanctions to the President of the Republic, among other public authorities. The nature of this legal term and its repercussions throughout history is also part of this dissertation analyses. In Brazil, the Federal Constitution of 1988 provided that there should be special legislation on the subject, however, due to the lack of a new law concerning this topic, the Federal Supreme Court, when judging the cases of presidents Fernando Collor de Mello and Dilma Vana Rousseff, decided to recognize the ancient Law n. 1.079/50 as part of the Brazilian current legal system. Finally, the Federal Supreme Court's decisions during the "impeachment" proceedings of Collor and Rousseff are analyzed in order to obtain the current rules concerning the process and judgment of "Crimes of Responsibility" in Brazil.

Key-words: contemporary constitutionalism, judicialization of politics, impeachment, crimes of responsibility, Supreme Federal Court, separation of powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	19
1. NOVOS MODELOS CONSTITUCIONAIS	19
1.2 NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	33
1.2.1 Ran Hirschl e a judicialização da política.....	36
1.2.2 Críticas ao novo papel do Poder Judiciário.....	43
1.3 JUÍZOS POLÍTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL....	48
1.3.1 O caso das Ações Afirmativas	53
1.3.2 O caso da União Homoafetiva	55
1.3.3 O caso das Biografias Não Autorizadas.....	60
CAPÍTULO 2 – IMPEACHMENT E CRIMES DE RESPONSABILIDADE.....	65
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO IMPEACHMENT	65
2.1.1 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891).....	68
2.1.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (17 de julho de 1934).....	72
2.1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937).....	73
2.1.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946).....	74
2.1.5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967	75
2.1.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	77
2.2 NATUREZA DO IMPEACHMENT BRASILEIRO	79
2.2.1 Infração de natureza político-jurídico	81
2.2.2 Natureza das normas relativas aos crimes de responsabilidade	84
2.2.3 Natureza do julgamento dos crimes de responsabilidade	91
2.3 OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE	95

2.3.1 Existência da União	98
2.3.2 Livre Exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação	99
2.3.3 Exercício dos direitos políticos, individuais e sociais	100
2.3.4 Segurança interna do País.....	101
2.3.5 Probidade na Administração.....	101
2.3.6 Lei orçamentária.....	102
2.3.7 Guarda e legal emprego dos dinheiros públicos	104
2.3.8 Cumprimento das leis e das decisões judiciais	106
2.3.9 Comentários complementares	106
CAPÍTULO 3 – PODER JUDICIÁRIO E O IMPEACHMENT	109
3.1 HIPÓTESES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	109
3.1.1 Crimes de Responsabilidade e o Judicial Review	111
3.1.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	118
3.2 PROCESSO DE IMPEACHMENT CONFORME A CONSTITUIÇÃO	121
3.2.1 Renúncia ao cargo	124
3.2.2 Impedimento e suspeição	127
3.2.3 Papeis da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.....	130
3.2.4 Rito de impeachment na Câmara dos Deputados	133
3.2.5 Rito de impeachment no Senado Federal	134
3.2.6 Fatiamento do impeachment.....	135
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141
ANEXOS	149

INTRODUÇÃO

As discussões sobre os novos modelos constitucionais - baseados em cartas de direitos -, a judicialização da política e o papel exercido pelo Poder Judiciário dentro da nova organização jurídico-política ocidental, a partir da segunda metade do Século XX e início de Século XXI, vem se tornando uma das grandes temáticas do Direito Constitucional.

Nesse sentido, a harmonia e a separação dos Poderes do Estado apresentam-se como elementos essenciais para a compreensão dos novos desafios que envolvem a sociedade brasileiro nesse início de Século XXI. Transcorridos mais de 25 anos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a caminhada democrática, hoje, encontra seus debates voltados para as relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tendo sido ultrapassadas as barreiras iniciais para a consolidação da democracia e do sistema republico no Brasil, a harmonia dos Poderes do Estado e seus reflexos na solução de problemas cotidianos devem ser objeto de especial estudo pela ciência do Direito.

Durante os últimos anos, o Poder Judiciário e o Poder Executivo passaram a exercer regularmente atividades de essência legislativa, em atendimento às demandas da sociedade civil para o exercício e garantia de direitos e para a regulamentação de políticas públicas. Nesse contexto, importante destacar os estudos realizados por Ran Hirschl, *University of Toronto*, acerca da judicialização da política, envolvendo a transferência do poder decisório dos tradicionais atores políticos, sabidamente o Poder Executivo e o Poder Legislativo, para o Poder Judiciário.

Na visão de Hirschl, a judicialização da política não está calcada somente em uma maior protagonismo do Judiciário diante dos novos modelos constitucionais, que elevaram as hipóteses do *judicial review*. Destaca-se também um verdadeiro interesse das elites e dos detentores de cargos eletivos na manutenção do poder, sem necessidade dos embaraços causados pelos posicionamentos legislativos, e seus revés políticos.

Assim, justifica-se a transferência do poder decisório ao Judiciário, tanto como uma forma de legitimação das decisões políticas controversas tomadas pelo Executivo ou Legislativo, quanto para evitar os eventuais desgastes advindo de decisões que causariam perda de capital político.

Sob esse novo cenário constitucional, o processo e o julgamento dos crimes de responsabilidade nos dias atuais revolvem conceitos que há mais de 100 anos estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo de *impeachment*, termo com origem britânica no final do século XIV, é mencionado no Brasil desde a sua Constituição Imperial

de 25 de março de 1824, mas sofreu relevantes alterações com a entrada em vigor da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Ressalta-se que o termo *impeachment* não se encontra presente nos textos constitucionais brasileiros, mas o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade são historicamente vinculados ao conceito britânico, comumente utilizado pela doutrina, jornais, sociedade de maneira geral e, inclusive, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

As discussões acerca da natureza jurídica do *impeachment*, se de índole estritamente política ou de caráter criminal, permeiam a doutrina brasileira há décadas. Muito embora durante anos este instituto tenha sido apontado como de uma utilização quase impossível, em razão da maioria parlamentar exigida para o seu processamento, o multipartidarismo e os governos de coalizção, instaurados após a Constituição Federal de 1988, propiciaram o processo e o julgamento de, até o presente momento, dois Presidentes da República em menos de trinta anos.

Sendo assim, busca-se ao longo do presente trabalho examinar os aspectos históricos do instituto jurídico do *impeachment*, em especial sob a ótica do jurista e ministro Paulo Brossard e dos demais pesquisadores que se debruçaram sobre a temática ao longo do último século. De igual modo, analisar-se-á a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria ao julgar os casos dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Vana Rousseff. Ao final, discute-se os dispositivos da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950 (que define os crimes de responsabilidade e regula o processo de julgamento) recepcionados pela Constituição Federal, com o objetivo de esclarecer as regras do jogo no processo de *impeachment*.

CAPÍTULO 1 - JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

1. NOVOS MODELOS CONSTITUCIONAIS

Os novos modelos constitucionais estão baseados na transformação ocorrida nos países de *civil law* e a passagem de um Estado de Direito para um Estado Constitucional de Direito. Esse processo tem como baliza temporal o período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, quando a preocupação em garantir que os direitos fundamentais estivessem resguardados de arbítrios ocasionais emergiu dentre os povos ocidentais. Desta forma, após os trágicos episódios envolvendo os Estados de Direito alemão e italiano, que exerceram um papel de legitimação de governos autoritários, restou necessária uma mudança na lógica de organização jurídica e, especialmente, na função da Constituição. Nesse sentido, os textos constitucionais da segunda metade do Século XX passaram a incorporar direitos e garantias fundamentais, deixando de apenas determinar a organização do Estado.

Para efeitos deste estudo, os novos modelos constitucionais estarão inseridos no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Muito embora diversos autores tenham as mais distintas referências ao fenômeno que se explicará brevemente a seguir, adotar-se-á o conceito de Lênio Luiz Streck, que afasta o uso do termo “neoconstitucionalismo”, em razão da sua ampla abrangência dentro do direito constitucional:

Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo¹.

¹ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR / TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, n. 2 – dez 2014, p. 29.

Assim, Luís Roberto Barroso, ao estabelecer parâmetros das transformações deste direito constitucional contemporâneo, elenca três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico². Como dito, o marco *histórico* consistiria no constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e Itália, promovendo uma transição ao regime democrático. Esse acontecimento haveria de repercutir no Brasil quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como em diversos outros países latino-americanos e da Europa Oriental durante a segunda metade do Século XX.

Esse não é um pensamento exclusivo de Luís Roberto Barroso. A compreensão do constitucionalismo contemporâneo enquanto fenômeno histórico que se desenvolve após o término da Segunda Guerra Mundial é compartilhada pela literatura estrangeira e brasileira, como pode se observar dos pronunciamentos de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, sobre o assunto:

Quando tradicionalmente na Europa a constitucionalização efetiva e a inauguração de uma época vocacionada à jurisdição se inicia no Segundo Pós-Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de um penitenciamento em relação aos desmandos que o Executivo (hipertrofiado e totalitário) implementou; em nosso país os ganhos desse constitucionalismo e da ciência jurídica como um todo, somente se colocam em nossas pautas de discussão à partir da Constituição de 1988, em face do “ilhamento científico” que atravessamos por inúmeros fatores³.

De igual modo, o jurista italiano Mauro Cappelletti apresenta esse novo modelo de constituição como uma “resposta da sociedade

² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 736-737.

contemporânea” em relação aos casos dos sistemas jurídico-sociais da Alemanha e da Itália. Nesse sentido, o poder político (Executivo e Legislativo) sem o devido controle (Judiciário) de um órgão independente, estaria destinado a se corromper de modo especialmente tirânico e abusivo.

Diante desse cenário, a imposição de direitos fundamentais no texto constitucional e a garantia de seu exercício por meio do Judiciário seriam formas de evitar as experiências anteriores que culminaram nos regimes alemão e italiano.

O constitucionalismo moderno é a resposta da sociedade contemporânea a esta trágica experiência. A Constituição, distante ainda de ser vista como uma mera proclamação de intentos político-filosóficos, se afirma hoje como norma jurídica, vinculante e superior a lei ordinária; os sistemas de controle e atuação da legitimidade constitucional são confiáveis a órgãos jurisdicionais, ou seja, a órgãos suficientemente independentes e imparciais, respeitados os titulares do poder político⁴.

Essa visão é decorrente da necessidade de compreender o conceito, tradicional, de separação de poderes de maneira diferente, permitindo o equilíbrio entre os poderes, consubstanciado no seu recíproco controle e não em um completo isolamento. O jurista italiano desenvolve esse raciocínio argumentando que a nova visão da relação entre os poderes é consequência direta do novo modelo constitucional, vigente após a metade do Século XX, que permitiu ao Judiciário um maior controle e participação no poder político, historicamente vinculado e restrito ao Executivo e ao Legislativo.

Hoje se assiste, ao invés de um grandioso fenômeno que após a segunda guerra foi progressivamente se alargando e se consolidando: é o fenômeno chamado de constitucionalismo moderno e que tem tomado proporções de

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 932.

tendências universais. É uma nova grande revolução, que, abandonando a ideia da rígida *séparation des pouvoirs* (separação de poderes), combinada com a não interferência e ainda, como supremacia incontrolada do poder político, afirma, ao contrário, da ideia de uma recíproco controle e equilíbrio dos poderes⁵.

Um segundo elemento a ser considerado seria o marco *filosófico* das mudanças do constitucionalismo contemporâneo, o pós-positivismo, quando o Direito não mais poderia ser analisado como um elemento absolutamente dissociado da Moral e da Política, muito embora tenha sua especificidade de objeto. Desta forma, Luís Roberto Barroso indica que as três dimensões (Direito, Moral e Política) se influenciam mutualmente no momento de aplicação do Direito, não estando esta ligação restrita ao espaço de sua elaboração. Sobre a relação entre Direito e Moral, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte traçam uma breve reflexão a respeito da temática ao tratar do Estado Constitucional:

Uma primeira forma de abordagem de tal problema, em termos Neoconstitucionalistas, seria a de considerar que a racionalidade moral desempenha um importante papel na racionalidade jurídica e, portanto, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral. Para introduzir ao debate tal premissa, poder-se-ia considerar a inclusão de princípios morais nos ordenamentos jurídicos. Isto se verifica em muitas das constituições contemporâneas, na medida em que nelas se inscrevem conceitos jurídicos indeterminados permeados de conteúdo axiológico, com alto grau de abstração, para os quais a possibilidade da sua aplicação direta, vale dizer, sem a intermediação de leis que lhes atribuam sentidos mais precisos, irá demandar uma forma de fundamentação racional de valores⁶.

⁵ Ibidem, p. 931.

⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17 – n. 2 – mai/ago 2012, p. 213.

Essa transformação tem como um de seus fatos geradores a inclusão dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Neste momento, a constituição deixa de ser uma norma voltada para a organização do Estado, assumindo um papel de verdadeira carta de direitos. Sob esse ângulo, as constituições passam a adentrar questões morais e políticas, sendo muitíssimo difícil dissociar categoricamente esses três elementos, uma vez que a consignação de quais direitos devem estar presentes no texto constitucional passa por uma análise de diversos fatores, não exclusivamente jurídicos.

As constituições contemporâneas, longas e densas, caracterizam-se por fundir esses dois tipos juntos, apresentando meta-regras no sentido lato organizativas e meta-regras que estabelecem princípios e valores aos quais se deve conformar a legislação infraconstitucional. Por isso são rígidas e garantistas⁷.

Os professores da *Harvard University*, Vicki Jackson e Mark Tushnet, observam as funções da constituição neste novo modelo constitucional, ressaltando basicamente as seguintes características: (i) a constituição como um retrato falso, ou pretensamente otimista, da realidade; (ii) a constituição como uma carta de governo; (iii) a constituição como a guardiã de direitos fundamentais; (iv) a constituição como uma aspiração⁸.

Todas essas novas atribuições dos textos constitucionais envolvem elementos constitutivos de âmbito moral e político, que, conseqüentemente, devem ser levados em contato quando da aplicação destas normas. Os juristas norte-americanos afirmam que as novas constituições têm como uma de suas funções *representar a população*, seus valores, mas que essas representações são imperfeitas, muitas vezes com o objetivo de fazer com que o povo veja no texto constitucional os seus aspectos positivos.

Em segundo lugar, o novo modelo constitucional impõe uma *carta de governo*, na qual devem estar presentes elementos como os cargos

⁷ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 7 – jan/jul 2006, p. 234.

⁸ JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. Chapter III – Constitutions and Constitutionalism In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 1999, p. 197.

oficiais, como estes devem ser escolhidos, como é dividida a autoridade estatal, os procedimentos a serem seguidos por essas autoridades. Em breve síntese, esse ponto é concernente à operacionalização e os meios de legitimação dos governos, independentemente de ideologias específicas.

No terceiro item, tem-se a função da constituição como uma *guardiã dos direitos fundamentais*. Nesse aspecto, busca-se garantir que a população tenha o mínimo de seus direitos assegurados, estando esse rol, inclusive, teoricamente imune às diferentes trocas de governo. Parte dessa transformação está intimamente ligada à Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, concluída no ano de 1948, que inspirou grande parcela das constituições contemporâneas no que tange aos chamados direitos fundamentais. De igual modo, essa proteção tem como objetivo proteger também a essência dos direitos dos indivíduos em face de decisões políticas majoritárias. A função de guardiã dos direitos fundamentais exerce um papel contra majoritário, como lembrado por Mauro Cappelletti, destacando o núcleo dos direitos individuais e sociais:

É, por outro lado, essencial que os direitos fundamentais o *bill of rights* incorporados a todas as Constituições modernas sejam aplicadas mesmo contra a maioria, dado que uma das principais razões de ser, *raisons d'être*, é aquela própria de assegurar uma esfera inviolável de liberdade dos indivíduos e das minorias. O princípio majoritário, certamente representa um critério importante de um sistema liberal e democrático, não pode prevalecer quando estão em questão direitos fundamentais⁹.

Como último elemento, de acordo com Jackson e Tushnet, a constituição tem a função de destacar a *aspiração* do povo. Trata-se de um modo de união da população em prol de símbolos e pactos convencionais, que visualizam objetivos em comum daqueles que participam, direta ou indiretamente, do processo de construção da constituição. Desta forma, verifica-se fortemente a presença de características relacionadas com a moral e a política, ressaltando o marco de mudança filosófica traçada por Barroso.

Finalmente, o marco *teórico* deste novo direito constitucional seria um conjunto de três fatores: (i) a força normativa das disposições

⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 936.

constitucionais e sua aplicabilidade direta e imediata; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) a interpretação constitucional no âmbito da hermenêutica jurídica, como uma mudança de paradigma.

Nesse sentido, a pesquisadora italiana Suzanna Pozzolo também indica algumas das características que regem o novo Estado Constitucional de Direito: (i) a supremacia da constituição sobre as leis ordinárias; (ii) a subordinação da vontade legislativa aos conteúdos previstos constitucionalmente; (iii) a rigidez do texto constitucional; (iv) a existência de princípios e de conteúdos de valor na constituição, o que constitucionaliza o ordenamento jurídico por inteiro; (v) a aplicação direta da constituição às relações interparticulares; (vi) a exigência da obediência da constituição pelos cidadãos¹⁰.

Diante desse quadro, alcança-se a denominada constitucionalização do direito, como consequência da passagem da constituição para o centro do sistema jurídico.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional.

Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à

¹⁰ POZZOLO, op. cit., p. 233-234.

realização dos fins constitucionais¹¹.

Importante registrar que essa transformação dos novos modelos constitucionais também causa um impacto direto no sistema de fontes do Direito, incluindo a constituição como uma norma de aplicação direta, de garantia de direito aos cidadãos, que passam a ser verdadeiros sujeitos do texto constitucional.

O estado de direito constitucional impõe, efetivamente, uma profunda mudança ao sistema das fontes: subordina a lei a critérios formais e materiais de validade. Tal mutação, porém, tem diversos efeitos dependendo do modo em que se concebe a própria constituição. Adotando uma concepção perspectivo-substantiva, a constituição não é só a norma de grau jurídico-hierárquico mais elevado, mas constitui a norma axiologicamente suprema. A constituição não é só vínculo negativo para o legislador, ela impõe o próprio progresso e a própria declinação positiva¹².

Essa imposição citada por Pozzolo deve ser acompanhada de uma mudança na própria organização do Estado e em suas instituições. Como se explicará adiante, os novos modelos constitucionais impactaram profundamente a estrutura dos Poderes Executivo, Legislativo e, especialmente, Judiciário. Nesse aspecto, consegue-se perceber uma nítida relação entre a presença de uma carta expressa de direitos nos textos das constituições contemporâneas e o crescimento da atuação do Judiciário na seara política.

Quando não existe uma previsão expressa de direitos nos textos constitucionais, o Judiciário não encontra respaldo para efetuar a revisão judicial dos atos praticados pelos demais Poderes, estando restrito a controlá-los no âmbito formal. Contudo, a partir do momento em que uma série de direitos está posta nas constituições, o Judiciário tem como objetivo fundamental garantir a aplicação deste texto constitucional, sua atuação política aumenta de modo significante, tornando-se mais um ator nesse cenário.

¹¹ BARROSO, 2012, op. cit., p. 201.

¹² POZZOLO, op. cit., p. 235.

[...]em países onde se adotou uma carta de direitos e ativos procedimentos para a revisão judicial, pode-se esperar uma mudança significativa na frequência e margem do exercício da revisão judicial e uma correspondente intrusão do Judiciário nas prerrogativas tanto do Legislativo quanto do Executivo¹³.

Sob essa perspectiva, a introdução da ideia de supremacia da Constituição trouxe também a necessidade de um guardião responsável pela revisão judicial, incumbido de resguardar os valores constitucionais, como dito por André Tavares Ramos:

A idéia da supremacia da Constituição, não apenas em sua formalidade, mas também enquanto uma carta norteadora dos valores do Estado (“neoconstitucionalismo”), apresenta como contraparte a existência de um guardião, de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade (o judicial review norte-americano ou o defensor da Constituição nos moldes austríacos)¹⁴.

Como resultado, verifica-se a criação das chamadas cortes constitucionais em diversos países, ou a alteração de funções das então denominadas cortes superiores, que acabaram sendo responsáveis pelo exercício desse relevante papel no constitucionalismo contemporâneo. Como exemplo, importante citar a criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1951), do Conselho Constitucional da França (1958), da Corte Constitucional da República Italiana (1955) e do Tribunal Constitucional de Portugal (1982). No Brasil, o Supremo

¹³ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 170. Original: Therefore, in countries where bills of rights and active judicial review procedures have been adopted, one can expect a significant change in the frequency and scope of exercise of judicial review and corresponding intrusion by the judiciary into the prerogatives of both legislatures and executives.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. A vocação contemporânea para a constitucionalização do direito: alguns aspectos da constituição como suporte interpretativo das leis e códigos – o caso da interpretação conforme a constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 7 – jan/jul 2006, p. 201.

Tribunal Federal já possuía, desde a promulgação do texto constitucional de 1891, a competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis¹⁵. Destaca-se, ainda, que o termo usualmente citado, *guardião da Constituição*, inclusive, é reproduzido pela própria Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 201, *caput*, que estabelece que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Todavia, esse processo objetivou também um maior distanciamento entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, dando maior autonomia ao primeiro. Como será devidamente esclarecido adiante, essa transformação na organização do Estado, advinda das mudanças trazidas pelo novo modelo constitucional do Século XX, permitiu ao Poder Judiciário desvencilhar-se de amarras históricas com o Poder Executivo para criar uma aparente independência. Entretanto, Ran Hirschl, em diversas ocasiões, ressalta que essa mudança tem como plano de fundo uma transferência de responsabilidade política no que concerne às decisões com impacto político negativo, de certa forma blindando o Poder Executivo, e também o Legislativo, de assumir posicionamentos¹⁶. Contudo, essa crítica será objeto de discussões futuras, sendo, neste instante, importante destacar o aparente empoderamento do Poder Judiciário diante da conjuntura anteriormente exposta.

O poder judiciário, nessa renovação jurídica, saiu fortificado e prestigiado, embora o cunho das opiniões dominantes sobre a origem popular dos poderes estatais, fizesse sentir sua influência, pondo a magistratura sob relativa dependência das assembleias políticas. Todavia, de um modo geral, houve a preocupação de subtrair-se o juiz da influência mais nefasta do Executivo, aumentando-lhe assim a independência em face do governo¹⁷.

¹⁵ O art. 59 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 previa que era competência do Supremo Tribunal Federal julgar, em grau de recursos, os casos “quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas”.

¹⁶ Nesse sentido, ver o capítulo *The Political Origins of Constitutionalization* em HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 31-49.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. Do poder judiciário nas constituições europeias de após-guerra. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto

Ainda assim, o novo modelo constitucional consagrou a distribuição de poderes, ao passo em que também instalou um controle recíproco e uma fiscalização permanente entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito embora o Poder Judiciário tenha obtido um importante avanço dentro do novo arranjo constitucional, não se deixou de preservar os demais Poderes, evitando um esvaziamento de competências.

É por isso que a distribuição de poderes deve ser entendida, fundamentalmente, como distribuição orgânica de funções (o Poder Legislativo ocupa-se, basicamente, das atividades legislativas, o Executivo da aplicação das leis, e o Judiciário cuida, fundamentalmente, da atividade jurisdicional). O controle recíproco, a limitação e moderação do poder do Estado dele resultantes não têm por escopo o enfraquecimento ou a incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções, mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses no complexo emaranhado de normas e dos órgãos incumbidos de sua aplicação¹⁸.

Finalmente, deve-se salientar que as mudanças trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo não tiveram como resultado apenas a alteração nas balizas da organização do Estado, mas também engajaram os mais diversos setores da sociedade na defesa dos direitos fundamentais. Em verdade, muitos países ainda enfrentam enormes dificuldades em colocar em prática as garantias previstas em textos constitucionais modernos, ainda que parte disso se dê em razão do caráter de aspiração de uma sociedade melhor presente nas constituições. Assim, há obstáculos para uma organização da sociedade para além do Poder Judiciário propriamente dito, como os que inclui a participação dos demais atores sociais, como os advogados, as faculdades de direito e os serviços de assistência jurídica.

(Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 826.

¹⁸ KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes in CLÉVE, Clémerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 1034-1035.

[...] listas de direitos fundamentais importam na medida em que haja uma estrutura de suporte à mobilização jurídica — um nexo de organizações da sociedade civil, advogados, faculdades de direito, agências governamentais executivas e serviços de assistência jurídica que promovam esses direitos.

Em outras palavras, se, por um lado, a positivação no texto constitucional é condição necessária para a proteção efetiva de direitos e liberdades; por outro, certamente não é condição suficiente.

A capacidade desses dispositivos de semear mudanças sociais em uma comunidade depende da existência de uma estrutura de suporte à mobilização jurídica da sociedade civil e, de forma mais geral, de condições socioculturais adequadas a essa “judicialização vinda de baixo”¹⁹.

Essa perspectiva crítica mencionada por Ran Hirschl também revela outra visão importante sobre o constitucionalismo contemporâneo, como expõe Mangabeira Unger em seu exame dos novos modelos constitucionais. Para o professor de Harvard, os moldes das constituições, muitas vezes, limitam-se a constitucionalizar materialmente o direito da população, sem, no entanto, garantir os meios adequados para o seu devido exercício, especialmente quanto aos mecanismos institucionais envolvidos.

Esta socialdemocracia institucionalmente conservadora contenta-se com a constitucionalização das expectativas sociais. Não providencia, contudo, os mecanismos institucionais – as formas de produção e de poder – capazes de assegurar os resultados prometidos. A

¹⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad. Diego Arguelhes e Pedro Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251 – mai/ago 2009, p. 144.

falta de efetivação ampla não pode ser curada pela mera invenção de instrumentos processuais²⁰.

Diante desse quadro, Mangabeira Unger levanta uma relevante crítica quanto ao constitucionalismo contemporâneo. Muito embora o aspecto trazido por Hirschl tenha sua predominância no âmbito da estruturação das entidades envolvidas no processo de acesso aos direitos garantidos nos novos modelos constitucionais, existem pontos de intersecção com o que Mangabeira Unger ressalta quanto à necessidade também de mecanismos de ordem política e social capazes de construir, no campo da realidade, as mudanças que foram almejadas pelos textos constitucionais. Ambos os autores concordam que a simples positivação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas não é suficiente para alcançar as transformações sociais inicialmente pretendidas por esse modelo²¹.

Trata-se de um contraponto pertinente à análise tradicional dos benefícios deste novo formato constitucional, que consagra a positivação dos direitos fundamentais, uma vez que sem as necessárias mudanças na organização do Estado e na própria sociedade, pode se transformar em mera retórica, sem impacto social. De todo modo, não há dúvida quanto ao papel essencial exercido pelo Poder Judiciário nessa trajetória, tendo em vista que a “judicialização vinda de baixo”, como dito por Ran Hirschl, somente poderia ter os seus efeitos concretizados em um cenário no qual o Judiciário participa do aclamado jogo político, com independência frente aos tradicionais Poderes Executivo e Legislativo.

O constitucionalismo contemporâneo pode ser alvo de diversas críticas. Contudo, o objeto principal deste estudo está em sua análise enquanto fenômeno jurídico-político que contextualiza o cenário para o exame da judicialização da política.

Em síntese, as novas sistemáticas constitucionais e a possibilidade de revisão judicial aumentaram de modo significativo a participação do Poder Judiciário na definição das grandes questões políticas dos países que adotaram esse novo sistema, processo que se deu ao longo da segunda metade do século XX e no início do século XXI.

²⁰ MANGABEIRA UNGER, Roberto. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro, v. 257 – mai/ago 2011, p. 64.

²¹ Nesse sentido, ver o capítulo *Rights and Realities* em HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 149-168.

Embora o impacto da constitucionalização no envio de noções progressistas de justiça distributiva seja muitas vezes exagerado, não há dúvida de que ele teve um efeito transformador no papel político dos tribunais. [...]

Parafrazeando a observação de Alexis de Tocqueville a respeito dos Estados Unidos, atualmente não há qualquer controvérsia moral ou política nesses países que, mais cedo ou mais tarde, não se torne judicial.²²

Nesse aspecto, houve uma intensa modificação no âmbito de atuação das cortes superiores, que passaram a redesenhar os limites impostos pelo Legislativo em matérias controvertidas e participar das principais discussões da denominada *mega-politics*, ou seja, das questões fundamentais para a concepção do Estado contemporâneo, assim como das que envolvem os maiores dilemas políticos, sociais e morais da sociedade.

Essas áreas emergentes de intervenção judicial expandirão as barreiras do envolvimento das altas cortes nacionais para uma esfera política além dos direitos comuns e da jurisprudência federal, levando a judicialização da política a um ponto que muito excede qualquer limite anterior²³.

Essa expansão mencionada por Hirschl apresenta-se como consequência direta dos novos modelos constitucionais, que possibilitaram que o Judiciário ingressasse nas importantes discussões sociais, em contraposição ao monopólio exercido anteriormente pelos

²² HIRSCHL, 2007, op. cit., p. 169. Original: Though the impact of constitutionalization on forwarding progressive notions of distributive justice is often overstated, there can be no doubt that it has had a transformative effect on the political role of courts. [...] To paraphrase Alexis de Tocqueville's observation regarding the United States, there is now hardly any moral or political controversy in these countries that does not sooner or later turn into a judicial one.

²³ Ibidem, p. 170. Original: These emerging areas of judicial intervention expand the boundaries of national high court involvement in the political sphere beyond the ambit of common rights or federalism jurisprudence, taking the judicialization of politics to a point that far exceeds any previous limit.

Poderes Executivo e Legislativo. Assim, em seguida, abordar-se-á os impactos do constitucionalismo contemporâneo na atuação do Poder Judiciário e os reflexos causados no seu papel dentro das sociedades modernas e na organização dos Poderes.

1.2 NOVO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Os novos modelos constitucionais causaram um reflexo direto no papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. O Judiciário passou a ser um verdadeiro ator nas grandes decisões políticas, dividindo espaço com o Executivo e o Legislativo quando das discussões que envolvessem os assuntos mais delicados da sociedade. Entretanto, esse fenômeno não aconteceu ao acaso, de acordo com o jurista israelita Ran Hirschl, professor de ciência política e Direito na *University of Toronto*. A judicialização da política e a juristocracia, como mencionados por Hirschl, estão inseridas em um contexto que não somente retira responsabilidades do Executivo e do Legislativo, mas também atua como uma forma de evitar prejuízos políticos aos que exercem cargos eletivos.

Para compreender melhor a situação, deve-se iniciar pela nova redistribuição do equilíbrio entre os Poderes, especialmente o Judiciário e o Legislativo. Robert Alexy traz à tona esse embate ao tratar dos direitos fundamentais e as possibilidades nas quais seria conveniente a participação do Poder Judiciário nas decisões dessa natureza.

No centro do debate acerca da jurisdição constitucional encontra-se o problema do equilíbrio entre a competência do tribunal constitucional e a do legislador. Uma solução perfeita existiria em um sistema de regras que fornecesse, em cada caso, uma única resposta à pergunta sobre se o tribunal extrapolou, ou não, sua competência nos casos em que, de alguma forma, tenha agido contra o legislador. No entanto, não apenas não se pode contar atualmente com uma solução desse tipo, como também é possível indagar, tendo em vista o enraizamento do problema em questões fundamentais, se existe alguma possibilidade de tal solução ser algum dia possível²⁴.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 545.

Nesse sentido, Jurgen Habermas, ao tratar da discussão sobre os tribunais, destaca a necessidade de se dosar a participação do Poder Judiciário nas tomadas de decisões políticas e, principalmente, a periodicidade com que esses magistrados seriam chamados a atuar diante do novo cenário constitucional, evitando uma eventual substituição entre os Poderes.

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda a jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade²⁵.

O professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Nelson de Souza Sampaio, aponta a transformação dos novos modelos constitucionais também como uma resposta ao crescimento do Executivo. Em sua visão, o novo papel do Poder Judiciário poderia influenciar de forma positiva o equilíbrio entre os Poderes, visando facilitar o acesso do cidadão aos seus direitos constitucionalmente resguardados.

No mundo de hoje, o ramo executivo do Governo cresce constantemente, cumulando-se de prerrogativas até na área legislativa e cercado-se de uma burocracia cada vez mais técnica, complexa e de difícil acesso ao cidadão comum. A consagração dessas mais recentes atribuições da magistratura, em outros textos constitucionais,

²⁵ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. 1. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 346-347.

ajudará a evitar maiores desequilíbrios entre os Poderes do Estado²⁶.

De igual modo, Fábio Konder Comparato ressalta o encerramento do período no qual os juízes supostamente permaneciam neutros. Em sua análise, com as modificações de ordem constitucional, os magistrados passaram a serem atores no objetivo de garantir o desenvolvimento das políticas socioeconômicas do Estado Moderno.

O que importa sublinhar, como ideia conclusiva deste discurso, é que essa competência judicial acrescida pressupõe uma outra formação para os nossos magistrados, em correspondência com as suas novas funções constitucionais. A era do juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e o Estado. Doravante, incumbe também à Justiça realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional²⁷.

Sob essa perspectiva hermenêutica, Hirschl descreve que o grau de disfunção ou paralisação do sistema político, no qual se inclui especialmente o Executivo e Legislativo, torna-se elemento fundamental para verificar a possibilidade de atuação do Judiciário. Na compreensão do jurista israelita, quanto maiores os problemas organizacionais, maior será a influência e liberdade do Poder Judiciário no jogo político.

Quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo. Maior fragmentação de

²⁶ SAMPAIO, Nélson de Sousa. As constituições e a independência do poder judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 947.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 729-730.

poder entre os órgãos políticos reduz a capacidade que têm de frear os tribunais, e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de os tribunais se afirmarem²⁸.

De uma maneira mais crítica, Susanna Pozzolo também reflete sobre os novos modelos constitucionais e o novo papel do Poder Judiciário. Nesse ponto, a jurista italiana argui que as mudanças reduziram o dever do Legislativo, que, hoje, verifica no Judiciário uma oportunidade para deixar de promover escolher políticas desagradáveis.

A configuração neoconstitucionalista tolhe o dever das escolhas políticas das mãos do legislador aumentando o poder da jurisdição, sem que lhe modifique as responsabilidades institucionais e continuando a pressupô-lo como um poder de qualquer outro sentido, como o detentor do direito objetivo. Nesse modo, possibilita-se o perigo do chamado ‘governo dos juizes’ e, pelo menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, embora se dissolva o receio do perigo da ‘tirania da maioria’²⁹.

Todos esses questionamentos devem ser postos em face da tese de Ran Hirschl sobre a judicialização da política, suas razões e conseqüências. Em seguida, apresentar-se-á a teoria de Hirschl, assim como as ideias de outros estudiosos que comungam das questões levantadas acerca da relação entre Judiciário e política, diante dos novos modelos constitucionais.

1.2.1 Ran Hirschl e a judicialização da política

O constitucionalismo contemporâneo trouxe o Judiciário para o centro da política e dos debates mais acalorados das democracias modernas. Como dito anteriormente, a incorporação de direitos das mais diversas espécies nos textos constitucionais e o papel das cortes superiores enquanto guardiãs desses direitos constitucionais movimentaram de modo quase exponencial as demandas trazidas à apreciação pelo Poder Judiciário.

²⁸ HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 164.

²⁹ POZZOLO, op. cit., p. 242.

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental³⁰.

Enquanto as constituições antigas restringiam-se a versar sobre a organização do Estado, deixando pouca margem para atuação das cortes superiores, de forma diversa, os novos textos não somente expandiram o rol de direitos presentes nas constituições, como também, em muitos casos, determinou que o Judiciário não poderia se abster na garantia desses novos direitos, invocando a sua atuação quase irrestrita. Por via de consequência, a judicialização de políticas públicas cresceu significativamente, com o Poder Judiciário influenciando constantemente no direcionamento do orçamento do Executivo.

Essas áreas emergentes de política judicializada expandem as fronteiras do envolvimento de tribunais superiores nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou do federalismo, levando a judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido. Na maioria das vezes, essa tendência é apoiada, tácita ou explicitamente, por poderosos agentes políticos. O resultado tem sido a transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas. Em outra oportunidade, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia³¹.

³⁰ HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 140.

³¹ HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 146-147.

Entretanto, este é somente um elemento da judicialização da política. O principal questionamento sobre o papel do Judiciário está centrado na sua participação enquanto ator político nas demandas que extrapolam as políticas públicas e adentram a seara dos mais delicados assuntos da sociedade. Muitas vezes o Executivo e o Legislativo deveriam tomar decisões contramajoritárias ou que causariam repúdio de parcela significativa da população ou do seu eleitorado. Tratam-se de questões que simplesmente não resultam em benefícios políticos, pelo contrário, acabam por atingir o chamado capital político dos envolvidos, mas eventualmente precisam ser decididas. Nessas situações apresenta-se a verdadeira judicialização da política de acordo com a concepção de Ran Hirschl.

Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de “redirecionamento de culpa” é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. [...]

No mínimo, a transferência de “abacaxis” políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse³².

Essa constatação de Ran Hirschl não está isolada na doutrina internacional, uma vez que Keith Whittington, professor da *Princeton University*, e Jamal Greene, professor da *Columbia Law School*, também compartilham das mesmas conclusões. Para os dois, os políticos eleitos

³² Ibidem, p. 165.

vêm aproveitando historicamente do Poder Judiciário para colocar em prática as suas políticas, assim como para se resguardar de decisões inconvenientes.

Para que a Corte possa competir com sucesso, outros atores políticos devem ter razões para permitir que a Corte “ganhe”. Whittington argumenta que os membros eleitos para cargos políticos, e os presidentes em particular, historicamente incentivaram e sustentaram a supremacia judicial para conservar seus próprios recursos políticos. [...] Whittington sobressai-se com o que se denomina a microteoria de seu projeto: sua descrição dos incentivos para os eleitos sustentarem o judiciário – seja como um meio de fazer cumprir compromissos políticos contra as forças da oposição, contornar vetos ou delegar a tomada de decisão em questões de pouco retorno político³³.

Trata-se, na concepção de Hirschl, de uma notória rejeição de responsabilidade política pelo Executivo e, principalmente, pelo Legislativo. Na sua visão, essa transferência de função pode resultar em verdadeiro desvio das finalidades democráticas da separação de poderes, pois os políticos eleitos acabam por se abster de legislar e discutir importantes matérias de relevância social, talvez o principal papel dos representantes eleitos pela população.

A crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância política representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala, ou até mesmo uma

³³ GREENE, Jamal. **Giving the Constitution to the Courts**. The Yale Law Journal. New Haven, v. 117, n., 5, p. 890. Original: For the Court to compete successfully, other political actors must have reasons for allowing the Court to ‘win’. Whittington argues that members of the elected branches, and presidents in particular, historically have bolstered and sustained judicial supremacy in order to conserve their own political resources. [...] Whittington excels at what I call the microtheory part of his project: his description of elected officials’ incentives to prop up the judiciary – whether as a means of enforcing political commitments against opposition forces, circumventing veto gates, or delegating decision-making authority on issues of low political return.

abdicação de poder, por parte de legislaturas eleitas, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões políticas. Pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta — e muitas vezes controversa — entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Afinal, a função primária das legislaturas é enfrentar e resolver problemas, e não passá-los a outros.

Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado. Jogando pelas regras do “redirecionamento de culpa”, as legislaturas dão prioridade aos seus interesses de curto prazo (conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares) em detrimento da sua responsabilidade política³⁴.

Todavia, sobre o resultado desse fenômeno contemporâneo, uma importante corrente doutrinária, liderada pelo professor da *New York University*, Daryl Levinson, consagra que a suposta ingerência do Judiciário sobre as matérias do Legislativo e do Executivo seria somente uma mera aparência. Na verdade, na grande maioria dos casos, o Judiciário acaba por decidir a divergência do modo como os representantes eleitos o fariam, mas sem o desgaste político.

Uma simples resposta é que a estabilidade institucional e a independência da revisão judicial são meramente aparentes, uma ilusão criada pela observação da restrição e da não-restrição. As regras e os direitos constitucionais criados judicialmente não funcionam como constrangimentos para os atores políticos se essas regras e direitos simplesmente se alinham aos

³⁴ HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 173.

interesses desses atores ou correspondem ao que teriam feito em qualquer caso. Os cientistas políticos e o direito constitucional geralmente rastreiam as preferências dos eleitores politicamente poderosos, particularmente as maiorias de nível nacional³⁵.

Esse procedimento mostra-se ainda mais interessante para todas as partes quando se percebe que a maioria da população tende a dar mais credibilidade às decisões do Judiciário do que aquelas provenientes do Executivo ou do Legislativo. De acordo com Hirschl, estudos de ordem empírica afirmam que “na maioria das democracias constitucionais, tribunais superiores têm mais legitimidade e mais apoio da opinião pública do que virtualmente todas as outras instituições políticas³⁶”. Assim, o Judiciário torna-se uma solução para diversos problemas de legitimação de decisões, uma vez que mesmo as parcelas insatisfeitas com as medidas terminam por respeitar mais as conclusões obtidas, quando advindas do Poder Judiciário, em comparação com as que tem suas origens no parlamento ou no governo em exercício.

Como qualquer outra instituição política, tribunais constitucionais não operam em um vácuo institucional ou ideológico. Sua jurisprudência explicitamente política não pode ser entendida separadamente dos conflitos sociais, políticos e econômicos concretos que dão forma a um determinado sistema político. De fato, deferência política ao Judiciário e a consequente judicialização da megapolítica são partes integrais e manifestações importantes desses conflitos políticos e não podem ser entendidas isoladamente.

³⁵ LEVINSON, Daryl J. Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 124, n. 3, p. 734. Original: A simple answer is that the institutional stability and independence of judicial review are merely apparent, an illusion created by the observational equivalence of constraint and nonconstraint. Judicially created constitutional rules and rights do not function as constraints on political actors if these rules and rights simply align with those actors' interests or correspond to what they would have done in any case. Political scientists and constitutional law generally track the preferences of politically powerful domestic constituencies, particularly national-level majorities.

³⁶ HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 165.

Isso nos leva a um aspecto crítico e muitas vezes negligenciado da história — os determinantes políticos da judicialização.

Uma autêntica judicialização “de baixo para cima” tem mais chances de ocorrer quando as instituições judiciais são percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições governamentais consideradas “muito burocráticas” ou arenas decisórias majoritárias tidas como enviesadas³⁷.

Como consequência desse respaldo, Daryl Levinson e Benjamin Sachs, professor da *Harvard Law School*, apontam que “cientistas sociais e estudiosos do direito reconheceram que os políticos podem enraizar suas políticas e proteger seu domínio sobre o poder, delegando a autoridade de decisão a um judiciário politicamente isolado³⁸”. Deste modo, Levinson destaca que manter um judiciário teoricamente independente pode ser bastante benéfico, ainda que as vezes sobrevenham decisões desfavoráveis, o saldo resultante normalmente é válido. Trata-se de um preço a se pagar pela legitimidade das decisões importantes.

Por todas estas razões, a manutenção de um Poder Judiciário independente pode ser benéfica para atores políticos poderosos - funcionários do governo, partidos e maiorias democráticas. E na medida em que esses atores se beneficiam de um Judiciário independente, eles estarão dispostos a tolerar e até apoiar algumas decisões constitucionais que cortam seus interesses imediatos. Observam a importância do agrupamento e prospectividade para esta análise. Se os atores políticos avaliam a revisão judicial como um pacote de resultados políticos probabilísticos em vez de um caso de cada vez, então o valor político esperado da Corte como uma

³⁷ *Ibidem*, p. 164.

³⁸ LEVINSON, Daryl; SACHS, Benjamin I. Political Entrenchment and Public Law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 125, n. 2, p. 449. Original: Social scientists and legal scholars alike have recognized that politicians can entrench their policies and protect their hold on power by delegating decision-making authority to a politically insulated judiciary.

instituição pode ser positivo no final, apesar de algumas decisões de valor negativo³⁹.

Finalmente, há de se ressaltar que não somente experiências boas resultam desse novo modelo do Poder Judiciário. Por essa razão, explicar-se-á a seguir as críticas, inclusive de Ran Hirschl, sobre as possíveis consequências dessa participação do Judiciário na política.

1.2.2 Críticas ao novo papel do Poder Judiciário

Talvez a principal crítica à nova posição tomada pelo Poder Judiciário seja justamente a sua legitimidade para tomar decisões políticas, em detrimento dos órgãos democraticamente eleitos para essas funções. Muito embora tenha-se visto que o Judiciário acaba, na maioria das vezes, por acompanhar a decisão que eventualmente seria tomada pelo Legislativo ou mesmo pelo Executivo, a reflexão trazida por Susanna Pozzolo merece consideração.

Nessa perspectiva, de fato, coloca-se o sujeito politicamente mais irresponsável e inamovível, para reformular as decisões políticas-valorativas adotadas através do processo democrático: se a reflexão moral individual do único juiz (ou de alguns ‘ensaios’) é considerada superior à discussão intersubjetiva, que sentido há em manter um procedimento para a tomada das decisões coletivas de tipo democrático?

De igual modo, coloca-se o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Sérgio Fernando Moro, ao tratar da jurisdição constitucional:

³⁹ LEVINSON, op. cit., p. 742. Original: For all these reasons, maintaining an independent judiciary can be beneficial to powerful political actors – government officials, parties, and democratic majorities alike. And to the extent that these actors do benefit from an independent judiciary, they will be willing to tolerate and even support some constitutional decisions that cut against their immediate interests. Notice the importance of bundling and prospectivity to this analysis. If political actors assess judicial review as a package of probabilistic policy outcomes rather than one case at a time, then the expected policy value of the Court as an institution can be positive on net despite some negative-value decisions.

Em uma democracia cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que fazem principalmente por meio de atos legislativos. A jurisdição constitucional significa a atribuição a autoridades não-eleitas e que não podem, salvo excepcionalmente, ser destituídas de seu cargo, do poder de controle sobre as políticas públicas formuladas por autoridades eleitas. Por esse motivo, não deixa de ser paradoxal que o século do triunfo da democracia seja também o século da expansão da jurisdição constitucional⁴⁰.

As críticas feitas por Ives Gandra da Silva Martins, em seu trabalho sobre o ativismo judicial e a ordem constitucional, também versam sobre o aspecto democrático de se possibilitar a mudança constante de interpretações legais sem a passagem pelos representantes eleitos.

Ora, nada mais preocupante, numa democracia, do que ficar o cidadão na incerteza de que a lei que seguei passa a ser modificável, inclusive com efeitos retroativos, sem o debate no Congresso Nacional ou nas Assembleias ou Câmaras eleitas pelos 130 milhões de brasileiros, mas exclusivamente por uma Corte eleita por um homem só (as homologações do Senado são apenas formais), nada obstante – reitero – o indiscutível mérito dos senhores Ministros⁴¹.

Esse fenômeno representa, em parte, o que Hirschl denominou como juristocracia. Sob essa perspectiva, Ran Hirschl menciona a atuação do Judiciário enquanto ator político, em uma quase sobreposição de funções entre os Poderes do Estado, ocupando um papel em debates que transcendem o aspecto jurídico da decisão, que também englobam a Moral e a Política.

⁴⁰ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 313.

⁴¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18 – jul/dez. 2011, p. 37.

Nos últimos anos, houve um aumento enorme do recurso aos tribunais para lidar com alguns dos mais fundamentais conflitos que uma comunidade pode enfrentar. A judicialização da política se estendeu muito além da hoje corrente judicialização da elaboração de políticas públicas através da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos, para englobar também a megapolítica - processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional. A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes. Essa tendência marca a transição para o que chamei de “juristocracia” - um fenômeno abrangente que nenhum teórico constitucional sério, nos Estados Unidos ou no exterior, pode ignorar⁴².

Diante desse cenário, muitos questionam-se sobre quais os limites a serem impostos ao Poder Judiciário nessa nova distribuição dos Poderes, em receio a uma transformação que leve a sociedade contemporânea ao denominado governo dos juizes.

Tudo que parece caracterizar o estado constitucionalizado e que realmente muda, dissolvendo definitivamente o mito de uma jurisdição mecanicista, é o papel do juiz. Trata-se de um processo de transformação, provavelmente não previsto nesses termos, em parte principiado pelo próprio modelo constitucional que se afirma no segundo pós-guerra. Não é essa a focalização para ser percorrida novamente, nem mesmo as características proeminentes dessa história, antes se trata de destacar a existência de uma discrasia entre realidade e modelo teórico que exige ou impõe ao constitucionalismo uma profunda reflexão acerca dos instrumentos de garantia à limitação jurídica do poder⁴³.

⁴² HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 172.

⁴³ POZZOLO, op. cit., p. 250.

Essa diferença entre o planejado e a situação fática enfrentada pelo constitucionalismo contemporâneo merece ser objeto de estudos próprios dentro na Ciência Política e do Direito Constitucional. Contudo, Jamal Greene coloca esse problema de outra forma:

Os tribunais são parte da auto-concepção coletiva que inclui um compromisso institucional com a justiça e os direitos individuais; Servem como uma forma de seguro político para os perdedores políticos sistemáticos e ocasionais; Eles fornecem uma medida de previsibilidade que nos ajuda a ordenar nossos assuntos pessoais e profissionais; E figuram na resolução conveniente de debates sobre valores que não podem ser resolvidos através do processo político convencional. A relativa estabilidade de nossa forma particular de política constitucional deve nos motivar a não perguntar se a supremacia judicial é uma compreensão correta do papel que os juizes devem desempenhar em nosso sistema, mas em vez disso, se é valioso⁴⁴.

O questionamento traçado por Greene parece mais adequado à teoria de Ran Hirschl do que aquele realizado por Sussana Pozzolo, uma vez que parte de uma visão mais pragmática e realista das relações políticas envolvendo o Poder Judiciário.

Em princípio, a delegação de competências de formulação de políticas aos tribunais pode reduzir o impacto e o controle dos legisladores sobre os resultados das políticas. Na maioria dos países do Estado de Direito, os custos de reverter os arranjos constitucionais ou de prevalecer sobre decisões

⁴⁴ GREENE, op. cit., p. 891. Original: Courts are part of collective self-conception that includes an institutional commitment to justice and individual rights; they serve as a form of political insurance for both systematic and occasional political losers; they provide a measure of predictability that assists us in ordering our personal and professional affairs; and they figure in the expedient resolution of values debates that cannot be sorted out through the retail political process. The relative stability of our particular form of constitutional politics should motivate us to ask not whether judicial supremacy is a correct understanding of the role judges should play in our system, but instead, whether it is a valuable one.

judiciais são muitas vezes significativos. Além disso, a capacitação judicial pode permitir que os juízes tornem-se menos responsáveis perante a esfera política e se afastem das preferências políticas daqueles que decidem delegar o poder de decisão aos tribunais⁴⁵.

Sendo assim, devem-se ser examinados os interesses envolvidos na transferência de responsabilidade decisória dos Poderes Legislativo e Executivo ao Poder Judiciário. De acordo com Ran Hirschl, essa mudança usualmente favorece parte das elites que possuem maior acesso e influência sobre as cortes. De igual modo, um dos principais objetivos com essas mudanças paradigmáticas pode ser evitar as transformações drásticas no contexto político-social da nação, uma vez que o Judiciário tende a ser menos volátil que as maiorias parlamentares.

Para os políticos, no entanto, torna-se um grande risco, uma vez que não há como prever a conduta do Poder Judiciário após o seu empoderamento. Muito embora grande parcela das democracias ocidentais prevejam a indicação dos membros das cortes superiores pelo Chefe do Executivo ou com grande participação do Poder Legislativo, torna-se quase impossível precisar o modo como estes magistrados passam a atuar concretamente após as nomeações, uma vez que o controle do Poder Judiciário ainda se apresenta de maneira bastante frágil.

Pelo menos na teoria, uma vez garantida a autoridade, existe um risco de que as cortes talvez se transformem em um monstro do Dr. Frankenstein: imprevisíveis e autônomos antes de decisões políticas cujos julgamentos vão contra os interesses e expectativas daqueles que os sustentaram politicamente⁴⁶.

⁴⁵ HIRSCHL, 2007, op. cit., p. 210. Original: In principle, the delegation of policy-making powers to courts may reduce legislators' impact and control over policy outcomes. In most rule-of-law countries the costs of reversing constitutional arrangements or overriding court judgments are often significant. In addition, judicial empowerment may allow judges to become less accountable to the political sphere and to drift away from the policy preferences of those who decided to delegate decision-making power to the courts.

⁴⁶ HIRSCHL, 2007, op. cit., p. 171. Original: At least in theory, once granted authority, there is the risk that courts might metamorphose into Dr. Frankenstein's monster: unpredictable and autonomous decision-making bodies

Todavia, a judicialização da política, muito embora possa ter efeitos adversos, tem como uma de suas principais funções, justamente, preservar preferências políticas de um determinado grupo sem os prejuízos políticos de uma tomada de decisão pelo Executivo ou Legislativo. Não faltam exemplos no passado recente da república brasileira quando o Supremo Tribunal Federal enfrentou pontos então controversos na sociedade, quando uma eventual medida tomada pelos demais Poderes poderia enfraquecer o capital político dos envolvidos. Nesse sentido, passa-se no próximo subcapítulo ao exame de algumas decisões políticas enfrentadas pelo STF ao longo dos últimos anos, que comprovam a pertinência da teoria de Ran Hirschl também no Brasil.

1.3 JUÍZOS POLÍTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 está inserida dentro do contexto do constitucionalismo contemporâneo, assim como o Brasil do Século XXI está envolto pela judicialização da política. O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, vem exercendo um papel central na política brasileira, estando presente em discussões que antes se restringiam ao Executivo e ao Legislativo. Para entender esta situação vivenciada pelo Brasil nos tempos atuais, deve-se retornar brevemente ao que se denominou separação de poderes, divisão de poderes e o sistema de freios e contrapesos, abordados por Jeremy Waldron, professor da *New York University*.

Meu tópico é a separação de poderes, concebida como um princípio político para avaliar os arranjos legais e constitucionais de um Estado moderno. Qual é esse princípio e por que é importante? A questão nos leva em direções interessantes se distinguimos a separação de poderes de dois outros princípios importantes que são comumente associados, se não identificados com ele. Esses outros princípios são, primeiro, o princípio da divisão do poder - aconselhando-nos a evitar concentrações excessivas de poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo ou agência; E, em segundo lugar, o princípio do *checks and balances*

whose judgments run counter to the interests and expectations of their political advocates.

- sustentando que o exercício do poder por qualquer detentor de poder deve ser equilibrado e controlado pelo exercício do poder por outros detentores de poder⁴⁷.

De acordo com o defendido por Waldron, a separação dos poderes consistiria na existência de diversos princípios simultaneamente, notadamente cinco: (i) o princípio da separação das funções do governo; (ii) o princípio da não concentração de muito poder político nas mãos de uma pessoa, grupo ou órgão; (iii) o princípio da necessidade de que haja uma fiscalização das ações de cada um dos poderes, com exercício de checagem ou veto de um pelo outro; (iv) o princípio de que as leis devem ser aprovadas por dois órgãos coordenados do poder legislativo; (v) o princípio da distinção entre os poderes conferidos à União e os poderes reservados aos Estados e Municípios⁴⁸.

Um governo que tivesse no Poder Judiciário o centro de grande parte das decisões políticas certamente infringiria diretamente os três primeiros itens de Waldron.

No cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado para atuar nas mais diversas circunstâncias, mas sobremaneira nas situações em que se trabalha com lacunas do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse aspecto, ressaltam-se as mudanças que eventualmente transformam a sociedade ao longo do tempo, cujos regramentos jurídicos simplesmente não acompanharam essas alterações e criam novas lacunas.

Impregna-se de sentido político a interpretação judicial, quando preenche as lacunas da lei vetusta, para torna-la racionalmente aplicável a situações novas não previsíveis ou não previstas ao tempo de

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Boston College Law Review**, Boston, v. 54, p. 433. Original: My topic is the separation of powers, conceived as a political principle for evaluating the legal and constitutional arrangements of a modern state. What is this principle and why is it important? The question takes us in interesting directions if we distinguish the separation of powers from two other important principles that are commonly associated, if not identified with it. These other principles are, first, the principle of the division of power—counseling us to avoid excessive concentrations of political power in the hands of any one person, group, or agency; and, second, the principle of checks and balances—holding that the exercise of power by any one power-holder needs to be balanced and checked by the exercise of power by other power-holders.

⁴⁸ WALDRON, op. cit., p. 438.

sua elaboração. Do mesmo modo, há sempre algo de político na pesquisa da *ratio iuris* – o *porque* e o *para que* da lei -, quando a letra fria desta não corresponde a sua finalidade⁴⁹.

Esse é o mesmo pensamento expresso por Inocêncio Mártires Coelho, professor da Universidade de Brasília, ao tratar das mutações constitucionais e da necessidade de adaptação das expressões textuais pelo Judiciário:

A essa luz, denominam-se mutações constitucionais – de resto uma subespécie das mutações normativas em geral – aquelas alterações do sentido dos preceitos da constituição, independentemente de se manter inalterado o texto, objeto dessas novas interpretações. Formas de atualização, preservação e regeneração da força normativa da constituição, essas alterações de sentido colaboram, ademais, para a preservação do respeito ao texto constitucional, na medida em que mantêm a indispensável sintonia entre as normas e a realidade constitucional, entre o programa e o âmbito normativo da constituição, sem necessidade de se apelar para as sempre desgastantes alterações textuais, quer sejam emendas, reformas ou revisões⁵⁰.

Esse fenômeno está intrinsecamente conectado com a judicialização da política e a transferência de responsabilidades decisórias para o Poder Judiciário, como abordado anteriormente. Trata-se de uma tendência no constitucionalismo contemporâneo.

Esse avanço da Justiça Constitucional é tendência crescente em vários países ocidentais em que as Cortes Constitucionais são protagonistas de decisões relevantes sobre temas e aspectos controvertidos na sociedade, para as quais os

⁴⁹ BALEEIRO, Aliomar. A função política do judiciário in CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 593.

⁵⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista Direito Público**, Brasília, n. 12 – abr/jun 2006, p. 73.

demais Poderes não conseguem a satisfação normativa efetiva nessas demandas, exigindo, então, que o tribunal responda a tais demandas.

Assim, o fenômeno da judicialização é uma consequência desta atuação, compreendida como um fenômeno caracterizado pela transferência de decisão das esferas políticas (representativas) do Legislativo e do Executivo para apreciação dos juizes e dos Tribunais, expandindo, assim, a seara do Judiciário⁵¹.

Entretanto, esse novo papel do Poder Judiciário também abre margem para outro fenômeno, o denominado ativismo judicial. Muito embora existe uma relação entre este e a judicialização da política, diferenças importantes que devem ser destacadas. Enquanto a judicialização da política está consignada na transferência de poder decisório do Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário, em razão das novas constituições que atribuem um novo papel a este último elemento, o ativismo judicial está conectado com as ações dos magistrados que recebem essa nova competência.

Judicialização da política não é ativismo judicial.

O ativismo judicial tem como principal característica a aplicação da Constituição de forma direta e imediata em casos concretos, sem que exista uma violação evidente do texto constitucional, geralmente relacionada com princípios e valores da Constituição.

Envolve a aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional, diante de omissão ou violação por disciplina normativa pelo legislador ou ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou concretização dos valores e fins constitucionais. Abrange a invalidação de atos normativos emanados do Poder Legislativo ou Administrativo de constitucionalidade discutível, ou seja, com adoção

⁵¹ MARCONATTO, Cristiano Cuzzo; FORTES, Francielli Silveira. Democracia, constitucionalismo e participação cidadã: a atividade jurisdicional na concentração dos direitos fundamentais in GORCZEWSKI, Clovis (Org.); LEAL, Mônia Clarissa Henning (Org.). **Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas**. Curitiba: Multideia, 2012, p. 228.

de critérios menos rígidos do que aqueles nos quais inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais⁵².

O novo sistema jurídico brasileiro parece ter incentivado que os magistrados se sentissem no dever de aplicar as diretrizes constitucionais em todos os casos, muitas vezes sem observar atentamente como o legislador ordinário interpretou a norma constitucional para moldar a legislação infraconstitucional em análise.

Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa.⁵³

Na verdade, o próprio Poder Judiciário reconhece em suas decisões que não está adstrito à função jurisdicional, mas está disposto a legislar excepcionalmente e fiscalizar todos os atos proferidos pelos demais Poderes do Estado. De outro lado, há pouquíssima fiscalização do Poder Judiciário pelo Executivo ou Legislativo, de modo a corroborar com a tese que de os três primeiros princípios de Waldron estariam sendo violados.

Para verificar empiricamente a judicialização da política no Brasil, deixando um pouco de lado o ativismo judicial, passa-se ao estudo de alguns casos emblemáticos que movimentaram discussões políticas no país e terminaram sendo resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

⁵² MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: a garantia dos Pressupostos Essenciais ao Processo Democrático pelas Cortes Constitucionais. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 59 – set/out 2014, p. 16.

⁵³ MORO, op. cit., p. 242.

1.3.1 O caso das Ações Afirmativas

As Ações Afirmativas foram objeto de análise do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF) n. 186/DF⁵⁴, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) visando a declaração de inconstitucionalidade de atos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de estudantes.

Como fundamento, o DEM argumentava que havia ocorrido violação aos arts. 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, todos da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas

⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/04/2012. DJe: 20/10/2014.

particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Esse caso apresenta-se como a hipótese citada por Ran Hirschl na qual o Poder Judiciário exerce o papel de dar legitimidade a uma decisão tomada por outra autoridade, assegurando que a população em geral reconheça a legalidade da medida. Como o assunto das Ações Afirmativas durante muito tempo criou intensas polêmicas na sociedade, uma forma de garantir estabilidade àquela política pública era submetê-la ao crivo do Poder Judiciário, que, como mencionado anteriormente, goza de maior prestígio.

1.3.2 O caso da União Homoafetiva

A União Homoafetiva foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF⁵⁵, ajuizada pela figura do Governador do Estado do Rio de Janeiro visando dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil⁵⁶, por meio da aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis entre pessoas de sexo diferente. Para isso, fundamenta que tanto uma quanto a outra estão baseadas na convivência contínua, pública e direcionada para a formação de autônoma unidade doméstica ou entidade familiar, pugnando pela incidência em qualquer das duas modalidades do art. 1.723 do Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em: 05/05/2011. DJe: 14/10/2011.

⁵⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA

INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL.

NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS

LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Quando analisado o julgamento sob a ótica da judicialização da política, vê-se que o Poder Judiciário tomou o lugar do legislador constituinte, que inicialmente determinou ser a união estável um instituto entre o homem e a mulher. Nessa ocasião, havia uma lei obsoleta, que não havia acompanhado o desenvolvimento da sociedade, de modo a se fazer necessária a intervenção do Judiciário em virtude da demora do Poder Legislativo em alterar o texto legal, colocando-o no centro dessa discussão política.

Subsidiariamente, discute-se também sobre os eventuais prejuízos políticos que estavam em disputa na eventual alteração legislativa necessária. Muito embora a maioria da sociedade contemporânea

considere a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal como adequada, outros grupos influentes, notadamente aqueles ligados à religião ou ao conservadorismo, poderiam afetar o capital político dos possuidores de mandato eletivo, caso estes votassem para mudar a redação do art. 1.723 do Código Civil.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal exerceu duas funções ao julgar o caso da União Homoafetiva. Em primeiro lugar, utilizou-se de seu novo posicionamento no cenário político-institucional para dar interpretação conforme à constituição a um texto que havia sido redigido há menos de dez anos pelo legislador ordinário. Em segundo, o Supremo também cumpriu o seu papel de evitar prejuízos políticos aos atores tradicionais a partir do momento em que resolveu definitivamente o problema, sem envolvimento dos Poderes Executivo ou Legislativo na tomada de decisão.

1.3.3 O caso das Biografias Não Autorizadas

As Biografias Não Autorizadas foram objeto de análise do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.815/DF⁵⁷, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) objetivando a interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do Código Civil, para afastar a necessidade de autorizações em toda e qualquer obra biográfica de pessoas públicas.

Como fundamento, a ANEL argumentava que se estava diante de violação aos arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220, §§ 1º e 2º, ambos da Constituição Federal, que garantiriam o exercício da liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia, devendo o Código Civil se adequar à Constituição.

O Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 10/06/2015. DJe: 01/02/2016.

CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-

sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

Ao verificar os fundamentos constantes do acórdão, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou a ponderação de princípios para fazer valer a sua posição diante da legislação ordinária já constituída. Novamente, o Poder Judiciário destaca para si a responsabilidade decisória sobre questão controvertida, que talvez tivesse uma abordagem

diferente caso fosse apreciada especificamente pelo Poder Legislativo, uma vez que a posição geral já havia sido definida quando da redação do Código Civil.

Como consequência dos três julgados exemplificativos apresentados, conclui-se que a judicialização da política está devidamente materializada na realidade brasileira. Não somente pode-se verificar a atuação constante do Supremo Tribunal Federal naqueles assuntos que tradicionalmente seriam responsabilidade do Executivo ou do Legislativo, como a corte constitucional brasileira costumeiramente exaure o próprio debate, tendo em vista que, ao dar interpretação conforme a Constituição à determinado dispositivo, impede que outro Poder venha a exercer sua função decisória de modo diverso.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal seja o guardião da Constituição, ele parece simplesmente ignorar a produção normativa oriunda do Legislativo.

Quando tenha havido atuação do Legislativo ou do Executivo, o Judiciário deve ser deferente. O Poder Legislativo e o Poder Executivo, cujos membros são eleitos, têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. Decisão política em uma democracia, como regra, deve ser tomada por quem tem voto. E quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem preservar as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático⁵⁸.

Como antes mencionado, o Judiciário brasileiro aplica de forma direta e imediata a Constituição, com base nas suas prerrogativas de interpretá-la do modo mais conveniente. Todavia, não há como dissociar esse fenômeno do descrédito do Executivo e do Legislativo.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270 – set/dez 2015, p. 380.

No Brasil, o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário⁵⁹.

Sobre essa crise de legitimidade e os meios pelos quais o Poder Legislativo ainda exerce forte influência no processo de *checks and balances*, em seguida apresenta-se o estudo do instituto do *impeachment* e o modo como o Legislativo e o Judiciário, por meio da sua atuação na decisão sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais atinentes à matéria, fiscalizam o Executivo e podem afastar do cargo o Presidente da República.

⁵⁹ MOURA, op. cit., loc. cit.

CAPÍTULO 2 – *IMPEACHMENT* CRIMES DE RESPONSABILIDADE

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO *IMPEACHMENT*

O instituto do *impeachment* tem sua origem histórica registrada no Reino Unido entre os anos de 1376 e 1806, quando era um meio pelo qual o Parlamento Britânico poderia processar e julgar indivíduos que exerciam cargos públicos, em razão de traição, crimes e infrações. Esse instituto, portanto, existe desde antes da criação de partidos políticos ou da inserção dos crimes de responsabilidade nos textos das constituições dos últimos séculos.

Muito embora centenas de anos tenham se passado, registra-se que os procedimentos adotados pelo Parlamento Britânico à época não divergem do que durante muitos anos aplicou-se nos processos e julgamentos dos crimes de responsabilidade.

Nesse sentido, um membro da *House of Commons* poderia proceder à denúncia, em face de um indivíduo, das violações antes elencadas (traição, crimes e infrações), quando caberia a própria casa decidir se haveria, ou não, prosseguimento do julgamento. Caso a *House of Commons* verificasse a existência concreta de argumentos suficientes que sustentassem a denúncia, então o processo seria encaminhado para julgamento pela *House of Lords*, quando o membro denunciante da *House of Commons* e seus colegas elaborariam os elementos de acusação. Dando continuidade ao processo, o acusado teria o seu direito de defesa garantido durante o julgamento pela *House of Lords*⁶⁰.

Ainda que muitos elementos britânicos possam ser observados na sistemática brasileira, os principais traços do *impeachment* no Brasil possuem origem nos Estados Unidos e na França, em razão dos textos constitucionais em vigor naqueles países quando da incorporação desse instituto pela legislação brasileira. Notadamente, a vigente Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, em sua Seção 3, estabelece os elementos básicos do instituto:

6. Só o Senado poderá julgar os Impeachments. Reunidos para esse fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo

⁶⁰ CAIRD, Jack Simson. Briefing Paper Number CBP7612, 6 June 2016 – Impeachment. **Commons Library Briefing**. Londres: House of Commons Library, 2016.

Presidente da Suprema Corte: E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes.

7. O julgamento em casos de impeachment não excederá a destituição da função e a incapacidade para exercer qualquer função pública, honorífica ou remunerada, nos Estados Unidos. O condenado estará sujeito, no entanto, a ser processado e julgado, de acordo com a Lei⁶¹.

Observa-se do texto constitucional norte-americano que, desde 1787, já existe previsão de que os processos de *impeachment* seriam julgamentos pelo Senado, assim como no Brasil, sendo presidido pelo Presidente da Suprema Corte, quando do processamento do Presidente dos Estados Unidos, exatamente nos termos da legislação brasileira atual, conforme se verificará ao longo deste capítulo. Entretanto, registra-se, para além das conformidades processuais, que a Constituição dos Estados Unidos prevê que o julgamento deve se limitar ao aspecto político, ou seja, a destituição da função e incapacidade para exercer qualquer função pública, assim como consta na Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil.

De igual modo, a Carta Constitucional Francesa de 1814 também possui similaridades com os procedimentos britânicos e com a sistemática adotada pelo Brasil na época do Império, uma vez que como no Reino Unido da França não haveria possibilidade de responsabilizar o Rei pelos seus eventuais atos em contrariedade com a constituição⁶², no Brasil Imperial, o então Imperador também estava ausente do rol de possíveis

⁶¹ Original: 6: The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present.

7: Judgment in Cases of impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.

⁶² O art 13 da Carta Constitucional Francesa previa: “A pessoa do Rei é inviolável e sagrada. Seus ministros são responsáveis. Ao Rei, somente pertence o poder executivo”. Tradução livre: Article 13. La personne du Roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au Roi seul appartient la puissance exécutive.

responsabilizados⁶³. Além disso, a Carta Constitucional Francesa também estabelecia normais gerais do processo e julgamento:

Artigo 55. A Câmara dos Deputados tem o direito de acusar os Ministros e de lhes processar diante da Câmara dos Pares, que sozinha tem o direito de julgar.

Artigo 56. Eles não podem ser acusados senão pelos atos de traição ou suborno. Leis particulares especificarão a natureza das infrações e determinarão o processo⁶⁴.

Diante do cenário internacional, o conceito de *impeachment* no Brasil tem sua história inicial na Lei de 15 de outubro de 1827, que regulamentava os arts. 133⁶⁵ e 134⁶⁶ da Constituição Imperial de 25 de março de 1824 e estabelecia a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado, e dos Conselheiros de Estado, assim como o processo e julgamento desses delitos.

Como uma característica essencial desta legislação, destaca-se a natureza da responsabilidade imposta, evidentemente criminal, com a atribuição de sanções que incluíam a pena de prisão. Nesse ponto, Paulo Brossard destaca que as sanções do período Imperial tinham como objeto tanto o indivíduo quanto a sua atuação pública:

Em verdade, eram de natureza criminal as sanções que o Senado tinha competência para aplicar, e elas variavam das penas pecuniárias ao desterro, à

⁶³ O art. 99 da Constituição Política do Império do Brasil previa: “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

⁶⁴ Original: Article 55. La Chambre des Députés a le droit d'accuser les Ministres et de les traduire devant la Chambre des Pairs, qui seule a celui de les juger. Article 56. Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits et en détermineront la poursuite.

⁶⁵ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. III. Por abuso do Poder. IV. Pela falta de observancia da Lei. V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos. VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

⁶⁶ Art. 134. Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles.

prisão, até à morte natural, sem falar na reparação do dano, que também lhe cabia prescrever; seu escopo não era apenas afastar do cargo a autoridade com ele incompatibilizada, como veio a ser o *impeachment* republicano; a um tempo atingia a autoridade e o homem, em sua liberdade e bens.⁶⁷

Muito embora o embate sobre a natureza dos crimes de responsabilidade e do processo de *impeachment* seja um tema a ser discutido adiante neste trabalho, para a compreensão dos argumentos a serem traçados por Paulo Brossard torna-se importante entender a relação entre sanção e natureza do instituto, elemento fundamental para o jurista.

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e a introdução do texto constitucional de 1891, as normas de regulamentação do processo de *impeachment* sofreram mudanças consideráveis, conforme se observará a seguir, assemelhando-se aos poucos com o que é visto no ordenamento jurídico brasileiro vigente.

2.1.1 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)

A Constituição de 1891 indicou o Senado Federal como responsável pelo julgamento do Presidente da República, assim como atribuiu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de presidi-lo⁶⁸. Adiante, especificou a figura do Presidente da República como objeto da previsão de responsabilização pelos crimes de responsabilidade:

Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois

⁶⁷ BROSSARD, Paulo. **O impeachment**: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 39.

⁶⁸ Art 33 - Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve.

§ 1º - O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Não proferirá sentença condenatória senão por dois terços dos membros presentes. § 3º - Não poderá impor outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro sem prejuízo da ação da Justiça ordinária contra o condenado.

que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Destaca-se que a Constituição de 1891, no parágrafo único do art. 53, especificava que “decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções”. Trata-se de uma das principais discussões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378/DF, relacionada com o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, quando a Corte decidiu que somente com o recebimento da denúncia pelo Senado Federal haveria a suspensão⁶⁹. Na sequência, o texto constitucional indicava o rol dos crimes de responsabilidade:

Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
 - 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
 - 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
 - 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
 - 5º) a segurança interna do País;
 - 6º) a probidade da administração;
 - 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
 - 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.
- § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.
§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.
§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

Verifica-se que a redação restou praticamente inalterada na Constituição de 1988:

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Como normas regulamentadoras das diretrizes constitucionais, sobrevieram em janeiro de 1892 os Decretos n. 27 e 30, que estabeleciam, respetivamente, o processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado nos crimes comuns e o rol de crimes de responsabilidade. Em relação ao Decreto n. 30, importante salientar que o seu art. 2º definia as sanções cabíveis, restritas ao âmbito político-administrativo, nos seguintes termos:

Art. 2º Esses crimes serão punidos com a perda do cargo sómente ou com esta pena e a incapacidade para exercer qualquer outro, impostas por sentença do Senado, sem prejuizo da acção da justiça ordinaria, que julgará o delinquente segundo o direito processual e criminal commum.

Nessa questão, também se observa outra discussão traçada ao longo do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, relacionada com o chamado fatiamento da votação e possibilidade de imputação de somente uma das penas – perda do cargo e/ou inabilitação para função pública – previstas na Constituição Federal de 1988. Neste aspecto, o assunto permanece em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, em diversas ações propostas à época, como no caso do Mandado de

Segurança n. 34.418/DF⁷⁰. Durante a vigência da Constituição de 1891 e de seus Decretos regulamentadores, estava evidente a discricionariedade do Senado Federal em imputar somente a perda do cargo ou acumulá-la com a inabilitação para função pública.

Finalmente, a respeito das inovações trazidas pela Constituição da República de 1891, Brossard destaca a mudança no perfil da responsabilização dos agentes públicos:

O instituto concedido à sombra da Constituição de 1824 e estruturado pela Lei de 1827, *mutatis mutandis*, foi conservado em sua parte processual. Sobreviveram até singularidades que lhe deviam ser específicas. Também na parte substantiva muita coisa sobrou. Mas modificação substancial foi introduzida. Deixou de ser criminal o instituto. [...] É que, embora as faltas pudessem ser políticas, pela Lei de 1827 era criminal o processo a que estavam sujeitos os Ministros e Conselheiros de Estado, ao passo que, no direito republicano, ainda que possam ter colorido e repercussões penais as faltas atribuídas à autoridade executiva, sempre foi de natureza política a responsabilidade a que ela está sujeita⁷¹.

Certamente, as transformações advindas da Constituição de 1891 resultaram em uma completa mudança da concepção do instituto do *impeachment* no Brasil. Ademais, registra-se que as normas da Constituição de 1891 e do Decreto n. 30 de 1892 muito se assemelham ao que preveem a Constituição de 1988 e a Lei n. 1.079/50.

De um ponto de vista crítico, há de se mencionar a pouca evolução legislativa do instituto, que durante muitos anos permaneceu como uma letra morta nos textos constitucionais, cujas deficiências técnicas vieram a ser expostas quando dos processos de *impeachment* contra os presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff, atribuindo ao Poder Judiciário uma grande participação política no desfecho de ambos os casos.

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.418/DF**. Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento: 16/09/2016. DJe: 20/09/2016.

⁷¹ BROSSARD, op. cit., p. 45.

2.1.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (17 de julho de 1934)

A Constituição de 1934 inovou em diversos aspectos relacionados com os crimes de responsabilidade. Em primeiro lugar, incluiu no rol de condutas vedadas aquelas que atentassem contra “o cumprimento de decisões judiciais” (art. 57, alínea “i”). Entretanto, apresenta-se como a maior mudança trazida pela Constituição de 1934 a nova forma prevista para o processo e julgamento do Presidente da República, esculpida no art. 58:

Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

O texto constitucional alterou de modo significativo o próprio instituto do *impeachment*, uma vez que este deixava de ser um elemento integrante de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) entre o Executivo e o Legislativo, para ocupar uma função de verdadeiro tribunal *ad hoc*, com ampla participação do Poder Judiciário.

Carlos Alberto Provenciano Gallo ressalta a mudança de rumos do instituto em 1934:

Abandonávamos, sob a Constituição de 1934, as lições sobre a questão do impeachment dadas pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, adotando o sistema de Tribunal misto, indo buscar subsídios no direito nórdico (Dinamarca e Noruega) e no direito alemão (Constituição Alemã de Weimar, arts. 59 e 108), isto é, a sua composição sendo feita com

juízes e membros das Câmaras, estes últimos eleitos pelas respectivas corporações⁷².

Desta forma, a Constituição de 1934 também modificava radicalmente as normas de denúncia, acusação e julgamentos dos crimes de responsabilidade, adequando-as ao sistema de um tribunal misto, com grande influência da Corte Suprema.

2.1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937)

De modo diverso do que acontecera em 1934, devido às novas circunstâncias políticas, a Constituição de 1937 reduziu as hipóteses de crimes de responsabilidade.

Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;
- e) a execução das decisões judiciais.

Em breve síntese, Provenciano Gallo perpassa as mudanças significativas:

A Carta outorgada de 1937 acabou por diminuir o elenco de figuras típicas de crimes de responsabilidade. A Constituição de 1934 estabelecia nove casos, já a Carta de 1937 os reduziu para cinco. Foram suprimidos aqueles casos anteriormente previstos que implicassem atentado à forma de governo federal (consagrava-se a tese de concentração de inúmeras atribuições ao poder central, em detrimento da federação), ao gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais (lembra-se aqui que se

⁷² GALLO, Carlos Alberto Provenciano. **Crimes de Responsabilidade do Impeachment**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992, p. 40.

tratava de um Brasil onde estava consagrado o Estado totalitário), à segurança interna do país e às leis orçamentárias⁷³.

No que se refere à sistemática de processo e julgamento, a Constituição de 1937 voltou a adotar o modelo anterior, consistindo no juízo de procedência da acusação pela Câmara dos Deputados e o julgamento propriamente dito pelo Conselho Federal.

2.1.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946)

Em 1946, com a promulgação da nova Constituição, a redação dos artigos sobre crimes de reponsabilidade passou a estar muitíssimo próxima dos textos atuais. O *caput* do então art. 89 consiste nos exatos termos do art. 85 da Constituição Federal de 1988:

Art. 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

Do ponto de vista normativo, deve-se sublinhar a alteração de redação que insere uma possibilidade de perspectiva exemplificativa ao rol de infrações listadas, ampliando as hipóteses para aquelas em que o Presidente da República comprovadamente atente contra a Constituição Federal, sem a necessidade de que a conduta esteja expressamente contida nas alíneas do art. 89. Trata-se, contudo, de discussão a ser enfrentada quando da análise da natureza do instituto do *impeachment* dentro da sistemática brasileira.

Com a Constituição de 1946 voltamos a seguir a tradição de 1891, no tocante à definição dos crimes de responsabilidade, processo e julgamento, sendo feita alusão primeiramente às normas processuais. Quanto aos tipos penais, eram mantidos os da Constituição de 1934, incluindo-se no *caput* do artigo 89 o que estava previsto na alínea *b* do referido texto constitucional, isto é, o respeito à Constituição e à forma de governo federal. Com relação ao processo e julgamento desses crimes

⁷³ GALLO, op. cit., p. 41.

voltamos ao que nos havia inspirado o direito norte-americano, já que, por influência da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, havíamos nos afastado em 1934⁷⁴.

Muito embora as décadas seguintes pudessem sugerir grandes mudanças na análise dos crimes de responsabilidade pela Constituição Federal, registra-se que a base das disposições da Constituição de 1988 já se encontravam na Constituição de 1946, sendo mais relevantes para o instituto do *impeachment* as mudanças de 1937 para 1946 do que aquelas que ocorreram deste ano para o de 1967, já durante o Regime Militar no Brasil.

Durante a vigência da Constituição de 1946 houve a promulgação da, ainda vigente, Lei n. 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade, minuciando as alíneas da Constituição e regulando o respectivo processo de julgamento. O Supremo Tribunal Federal ao longo dos casos de Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff declarou a não recepção de alguns artigos pela Constituição Federal de 1988, assim como deu interpretação conforme a Constituição para outros, todavia, grande parte dos elementos desta lei permanece até os dias atuais.

2.1.5 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Durante o Regime Militar, procedeu-se à promulgação de um novo texto constitucional, no ano de 1967, cujas principais características envolviam o crescimento da influência do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário e uma forma de legitimação do Golpe de 1964. A Constituição de 1967 sofreu mudanças em decorrência do Ato Institucional n. 5 (1968) e da Emenda Constitucional n. 1 (1969), entretanto, a Seção sobre a responsabilidade do Presidente da República não restou modificada com as alterações legislativas posteriores.

Art. 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

⁷⁴ Idem.

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das decisões judiciais e das leis.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 85 - O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

§ 1º - Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções.

§ 2º - Decorrido o prazo de sessenta dias, se o julgamento não estiver concluído, o processo será arquivado.

Diante desse cenário, Provençiano Gallo ressalta:

A Carta de 1967, pendendo mais para o fortalecimento do Poder Executivo, era de esperar-se que daria pouco relevo ao impeachment. Apesar de tê-lo mantido, aumentou o quórum para a procedência da acusação pela Câmara dos Deputados, que, ao invés de prever a maioria absoluta, passou a ser de dois terços. Na verdade, não só dificultou a declaração dessa procedência, estabelecendo esse quórum, como também foi estabelecido no § 2º, do artigo 85, o arquivamento do processo se o julgamento não estivesse concluído decorrido o prazo de sessenta dias⁷⁵.

⁷⁵ GALLO, op. cit., p. 42.

Ainda que a Constituição de 1967 tenha sido promulgada durante o Regime Militar, as disposições sobre os crimes de responsabilidade não divergem diametralmente do que havia sido posto pelos textos constitucionais anteriores. Entretanto, o mais surpreendente verifica-se ao analisar que a Constituição de 1988 reproduziu grande parte da redação de 1967.

2.1.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição Cidadã pouco inovou quanto ao instituto do *impeachment* e menciona os crimes de responsabilidade em quatro ocasiões. Em seu art. 52, incisos I e II, a Constituição Federal de 1988 determina ser competência privativa do Senado Federal julgar o Presidente da República, e o Vice-Presidente, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (inc. I); e processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da união (inc. II) quando se tratar de crimes de responsabilidade. Ademais, atribui ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de presidir os julgamentos nos casos mencionados.

Uma alteração significativa oriunda da Constituição de 1988, que deve ser mencionada, é o aumento da pena de inabilitação para o exercício de função pública, passando de cinco anos da Constituição de 1967 para oito anos na legislação vigente⁷⁶.

⁷⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...] Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

O segundo artigo a mencionar os crimes de responsabilidade é justamente aquele que inicia a seção “da responsabilidade do Presidente da República”, elencando suas hipóteses:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Destaca-se a inclusão de atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, sendo esta a principal mudança a ser observada no art. 85. Em seguida, o terceiro artigo a citar os crimes de responsabilidade também pertence à seção anterior, promovendo alterações mais significativas no processo e julgamento do *impeachment*, que levaram o Supremo Tribunal Federal a dar interpretação conforme à Constituição a diversos dispositivos da Lei n. 1.079/50, uma vez que as previsões constitucionais vigentes divergem substancialmente daquelas postas pela Constituição de 1946, quando foi elaborada a lei especial ainda em vigor.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

A Constituição Federal de 1988 posterga o momento de afastamento do Presidente da República, uma vez que estabelece a suspensão das funções a partir do recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal ou a instauração do processo pelo Senado Federal, não sendo mais o ato de procedência da acusação na Câmara dos Deputados o fato gerador da suspensão do presidente de suas funções, mas o juízo preliminar do órgão julgador⁷⁷.

Finalmente, os crimes de responsabilidade são novamente citados pela Constituição de 1988 no art. 102, que prevê as competências do Supremo Tribunal Federal para julgar os casos de outras autoridades quando não há conexão com a Presidência da República.

2.2 NATUREZA DO *IMPEACHMENT* BRASILEIRO

Superada a análise histórica preliminar das disposições legais que envolvem o instituto do *impeachment* e sua inserção no ordenamento brasileiro, passa-se ao estudo de sua natureza jurídica, suas principais características e as discussões que envolvem esse polêmico instrumento que envolve a política e o Direito. De forma sintética, Barroso descreve o *impeachment*:

⁷⁷ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal consolidou a mudança legislativa ao determinar a não recepção dos artigos da Lei n. 1.079/50 que previam a suspensão após a procedência da acusação pela Câmara dos Deputados, como restou demonstrado no julgamento da ADPF n. 378/DF.

Embora não seja empregado no texto constitucional ou na legislação, o termo inglês *impeachment* é utilizado, de forma ampla, para identificar o processo mediante o qual se promove a apuração e o julgamento dos crimes de responsabilidade. Não obstante remete a matéria à legislação ordinária, como visto acima, a Constituição Federal institui, ela própria, algumas regras procedimentais a serem seguidas (v. arts. 51, I, 52, I e II, e 86). A Lei 1.079, de 10/04/50, define os crimes de responsabilidade e regula o processo respectivo⁷⁸.

Mais do que o exame dos crimes de responsabilidade, o *impeachment* é um importante elemento na relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em última análise, o processo de *impeachment* acaba por se transformar em uma espécie de controle do Executivo, bastante prestigiado na Constituição Federal. Tendo em vista a inexistência de outros institutos, como a moção de desconfiança ou o *recall* no ordenamento jurídico brasileiro, o *impeachment* encontra-se isolado como forma de limitação de excessos do Chefe do Executivo.

Nas palavras de Paulo Brossard, “o *impeachment* constitui a técnica adotada pela Constituição para proteger-se de ofensas do chefe do Poder Executivo. A pena através dele aplicável nada tem de criminal; é apenas política, relacionada a um ilícito político, aplicada por entidades políticas a autoridades políticas⁷⁹”. Sob essa mesma perspectiva, tanto o constituinte quanto o legislador ordinário indicaram a importância do *impeachment* ao vinculá-lo com as matérias inerentes à sustentação do próprio Estado Constitucional de Direito, como é exposto por Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos:

As infrações em referência operam como instrumentos de contenção na salvaguarda da coluna vertebral do Estado de Direito: a separação dos poderes, as instituições democráticas, o livre exercício dos direitos, a segurança e probidade, o respeito às diretrizes normativas orçamentárias, entre outras situações imprescindíveis à

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Impeachment – Crime de Responsabilidade – Exoneração do Cargo*. Revista de **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212 – abr/jun 1998, p. 163.

⁷⁹ BROSSARD, op. cit., p. 128.

estabilidade política, econômica e jurídica do país⁸⁰.

Sendo assim, observa-se que se trata de um instituto a ser utilizado com bastante cautela, em razão de estar intrinsecamente ligado às bases do sistema constitucional.

2.2.1 Infração de natureza político-jurídico

Muito embora existam discussões a respeito do assunto, o entendimento majoritário indica que os chamados crimes de responsabilidade não devem ser analisados como “crimes” propriamente ditos, sob a perspectiva penal, uma vez que a utilização do termo “crimes” não possui conexão direta com o significado do instituto, como explica Paulo Brossard: “ocorre que não é nome que faz o conceito e nem sempre o *nomem juris* corresponde ao conceito jurídico⁸¹”. O administrativista José Cretella Júnior também compartilha desse entendimento:

Não há a menor dúvida de que o *impeachment*, medida excepcional, é instituto de caráter político, mas adstrito a rito, por excelência jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório. Devem os julgadores zelar para que esteja presente o *Duo Process of Law*⁸².

Para justificar esse posicionamento, Brossard salienta a pena imposta aos responsáveis por crimes de responsabilidade, cuja abrangência está restrita ao âmbito político, não fazendo parte da órbita do direito penal. Na opinião de Paulo Brossard, a Constituição Federal indica uma límpida separação entre as duas esferas de responsabilização:

É uma pena política a que se aplica no processo de responsabilidade. Sua existência, natureza e alcance decorrem da Constituição, que não se limitou, como a imperial, a estabelecer a

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Infração (crime) de responsabilidade e impeachment. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 95 – abr/jun 2016, p. 68.

⁸¹ BROSSARD, op. cit., p. 69.

⁸² CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Impeachment no Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1992, p. 17.

responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, confiando ao critério do legislador a escolha do tipo de responsabilidade. Ela própria o fez, e separou a jurisdição política da jurisdição criminal⁸³.

O entendimento de Marcus Faver é no mesmo sentido:

Sem maior esforço, vê-se, desde logo, que os denominados “crimes de responsabilidade” não são crimes em sentido próprio, uma vez que não há uma pena em sentido criminal. Há uma punição, com a perda do cargo e a inabilitação temporária para função pública⁸⁴.

O artigo 3º da Lei n. 1.079/50 também corrobora com a posição de ambos, uma vez que deixa explicitamente aberta a possibilidade de processo e julgamento por crime comum, na justiça ordinária, daquele que tenha obtido pena em razão de crimes de responsabilidade⁸⁵. De igual modo, não há relação direta entre o cometimento de um ilícito previsto como um crime de responsabilidade e uma transgressão penal, pois como expõe Brossard “em outras palavras, o *impeachment*, processo político, não é coextensivo ao *indictement*, processo criminal, porque não existe necessária correspondência entre infrações políticas e infrações penais⁸⁶”.

Para além do caráter político-jurídico da infração, parte da doutrina também defende que deve existir uma limitação da aplicação de princípios advindos de outras áreas do Direito, considerando que se trataria de infração constitucional-administrativa. Nesse sentido, deveria haver a preservação, tanto quanto possível, da aplicação das regras, institutos e princípios destas duas áreas específicas, em detrimento, por exemplo, do Direito Penal.

⁸³ BROSSARD, op. cit., p. 126.

⁸⁴ FAVER, Marcus. Considerações sobre a origem e a natureza jurídica do *impeachment*. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, n. 173 – abr/jun 2005, p. 32.

⁸⁵ Art. 3º A imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

⁸⁶ BROSSARD, op. cit., p. 47.

Todavia, não se aplicam à infração de responsabilidade, tecnicamente de natureza político-jurídica (constitucional-administrativa), as regras, institutos ou teorias que se encontram fora do âmbito jurídico correspondente (constitucional/administrativo), como, por exemplo, a matéria penal estrita, não constituída de princípios constitucionais (entendidos como direitos fundamentais). A construção teórica (regras, institutos, etc.) de cada ramo do Direito lhe é única e peculiar. Não pode ser extensível aleatoriamente à infração de norma diversa, sob pena de romper-se a estrutura do ordenamento jurídico, além de prejudicar claramente a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito⁸⁷.

De modo parcialmente oposto, posiciona-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao citar os crimes de responsabilidade como um instituto misto, que englobaria elementos de natureza política e também um viés penal. Para o professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o processo de *impeachment* estaria dividido em duas partes, uma de ênfase política e outra de vertente eminentemente penal:

Sem dúvida, a maior parte dessas figuras retrata comportamentos politicamente indesejáveis e não condutas antissociais. Essas figuras, pois, não são crimes, no sentido que a ciência penal dá a esse termo. Todavia, a ocorrência de fatos que se enquadram na descrição da figura da Lei n. 1.079 é indispensável para que possa desencadear-se o *impeachment*. Assim, o fundamento deste em sua substância é político, mas em sua forma é um crime (sentido formal)⁸⁸.

Sob esse aspecto, Ferreira Filho levanta talvez uma das mais relevantes discussões sobre o *impeachment*: a sua forma de processamento e interpretação normativa. Questiona-se se os fatos descritos na denúncia devem constar expressamente do rol elencado pelo

⁸⁷ PRADO; SANTOS, op. cit., p. 72.

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

constituente e especificado pelo legislador ordinário. Nesse sentido, em síntese, deve-se definir se o instituto está submetido ao princípio da legalidade penal⁸⁹ ou indica uma conjuntura ampla, devendo ser respeitados os princípios constitucionais, mas não necessariamente com a rigidez daqueles que integram exclusivamente o Direito Penal e Processual Penal.

Para conseguir obter uma solução ao problema suscitado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, passa-se à abordagem da abertura das normas e condutas relativas ao *impeachment* e de qual modo elas se relacionam com os variados ramos do Direito.

2.2.2 Natureza das normas relativas aos crimes de responsabilidade

Visando justificar a posição defendida anteriormente, do caráter político-jurídico dos crimes de responsabilidade e sua vinculação estrita ao Direito Constitucional e Administrativo, e afastar a incidência do Direito Penal nesta matéria, traz-se a lição de Benjamin Constant, em seu tradicional *Cours de Politique Constitutionnelle*:

Se cada maneira de prejudicar o Estado estivesse indicada e especificada por uma lei, o código de responsabilidade acabaria por ser um tratado de história e de política, e ainda assim as suas disposições não atenderiam senão ao passado. Os ministros encontrariam facilmente novos meios de escapar ao futuro⁹⁰.

⁸⁹ O princípio da legalidade penal é assim descrito por Rogério Greco: “o princípio da legalidade veda, também o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010, p. 92.

⁹⁰ CONSTANT, Benjamin. **Cours de Politique Constitutionnelle**. Paris: Slatkine, 1982, p. 406. Original: Si chacune de ces matières de nuire à l’État devait être indiquée et spécifiée par une loi, le code de la responsabilité deviendrait un traité d’histoire et de politique, et encore ses dispositions n’atteindraient que le passé. Les ministres trouveraient facilement de nouveaux moyens de les éluder pour l’avenir.

O objeto da responsabilização político-administrativa é diverso daquele abordado pelo Direito Penal, pois neste instituto do Direito Constitucional o objetivo maior é assegurar que o Estado mantenha o seu funcionamento adequado e que os princípios da Constituição Federal sejam devidamente cumpridos pelo Chefe do Poder Executivo.

Mesmo que os direitos políticos tenham também o viés de direitos fundamentais⁹¹, não há como não diferenciar a inabilitação para o exercício de função pública, que mitiga em parte os direitos políticos do agente, com as sanções penais privativas de liberdade, que restringem o núcleo dos direitos individuais.

Assim, Luiz Regis Prado e Diego Prezi Santos afastam a incidência da estrita legalidade ao afirmar que “a infração de responsabilidade não vem cercada de tão grande cautela como o ilícito penal, dado ser a pena criminal bastante restritiva da liberdade individual. O primeiro não obedece, v.g., à estrita legalidade, visto que é julgado politicamente⁹²”.

Em verdade, o *impeachment* exerce função primordial no reestabelecimento da ordem pública, com notório papel de fiscalizador da boa governança, não tendo como objetivo único sancionar o Chefe do Poder Executivo, mas garantir o funcionamento do Estado.

Embora tome por motivo da decisão alguns desses crimes, e no julgamento observa as formalidades processuais previamente estabelecidas (Constituição, artigo 54, § 2º, Lei n. 27, de janeiro de 1892), o “*impeachment*”, pelo sistema brasileiro, segundo já evidenciamos, não deixa de ser uma providência de ordem pública, um ato disciplinar, pois outro intuito não visa, determinando a perda do cargo ou esta e a incapacidade de exercer qualquer outro, senão desembaraçar sem demora a nação do funcionário que por seus crimes, pela má gestão dos negócios públicos, a está prejudicando⁹³.

⁹¹ Nesse sentido, ver: BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 21 – jan/jun 2015, p. 223-256.

⁹² PRADO; SANTOS, op. cit., p. 73.

⁹³ SIQUEIRA, Galdino. O *impeachment* no regimen constitucional brasileiro. **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, v. 27 – jan/mar 1913, p. 239-240.

Não é diferente o posicionamento de Marcus Faver:

Essa responsabilidade é distinta da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, não obstante poder existir ou coexistir com ambas as responsabilidades. Os atos que ensejam essa responsabilidade política-administrativa nem sempre caracterizam ilícito cível ou ilícito penal, pois, em grande parte das vezes, representam descumprimento de preceitos governamentais, impostos aos agentes políticas como requisitos de uma boa administração⁹⁴.

Enquanto Galdino Siqueira refere-se à “má gestão dos negócios públicos”, Faver faz menção ao “descumprimento de preceitos governamentais, impostos aos agentes políticos como requisitos de uma boa administração”. Em ambos os casos, a natureza do *impeachment* está presente como um elemento de ordem política, distinta da responsabilidade penal.

Paulo Brossard, ao tratar do assunto, também menciona o caso da República Argentina, que, assim como o Brasil, possui o *impeachment* em seu ordenamento jurídico⁹⁵:

Na Argentina não é menos considerável a latitude da cláusula constitucional que, através da expressão “mau desempenho do cargo” permite juízo de indisfarçável largueza. Os atos da autoridade passível de *impeachment* podem não corresponder às definições dos fatos delituosos dadas pelas leis penais, mas constituir “mau desempenho do cargo”, unicamente porque prejudiquem o serviço público e desonrem o país.

⁹⁴ FAVER, 2005, op. cit., p. 32.

⁹⁵ A Constituição da Nação Argentina, de 22 de agosto de 1994, prevê: “Artículo 53 - Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, despues de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formacion de causa por la mayoria de dos terceras partes de sus miembros presentes”.

E, mesmo em havendo crime, o delito não é julgado no juízo político⁹⁶.

Ao analisar o dispositivo daquela Constituição, o constitucionalista Gonzalez Calderon também corrobora com o entendimento de haver liberdade para exercício do interesse público:

Na mesma linha de pensamento são os conceitos de Gonzalez Calderon, para quem “as previsões do artigo são meramente gerais e sintéticas como deviam sê-lo; porque o critério da Câmara ao acusar não depende de limitações teóricas, senão de sua prudência, de seu esclarecido espírito coletivo, do seu conceito sobre o que exigem os interesses públicos e do seu patriotismo para preservá-los⁹⁷.”

Finalmente, Brossard argumenta que a redação atual do art. 85 permite concluir que os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição devem ser compreendidos como crimes de responsabilidade. Para o jurista gaúcho, a inclusão da locução “especialmente” indica que as alíneas são tão somente um rol exemplificativo de condutas.

Em verdade, extraordinária é a amplitude da regra constitucional segundo a qual todo ato do Presidente da República que atentar contra a Constituição é crime de responsabilidade. Com base nessa cláusula, Câmara e Senado podem destituir o chefe do Poder Executivo com a mesma liberdade com que isto seria possível nos Estados Unidos e na Argentina, através da caracterização da “má conduta”, da imputação de *high crimes and misdemeanors*, e sob acusação de “mau desempenho do cargo”⁹⁸.

Do mesmo modo, Teori Zavaski aponta no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.371/DF que esse entendimento prevalece na doutrina pátria.

⁹⁶ BROSSARD, op. cit., p. 50.

⁹⁷ Ibidem, p. 51.

⁹⁸ Ibidem, p. 55.

Em primeiro lugar porque o rol discernido nos incisos do art. 85, da CF, em que estão listados os bens jurídicos tutelados pela previsão de crimes de responsabilidade, não vigora de forma taxativa, já que o próprio caput do dispositivo indica que eles seriam “especialmente” protegidos, mas não exclusivamente, conclusão comungada por parte significativa da doutrina⁹⁹.

Entretanto, como mencionado anteriormente, essa posição não é unívoca na doutrina. Assim, José Cretella Júnior, Paulo de Lacerda e Carlos Alberto Provenciano Gallo são alguns dos juristas que discordam da posição de Paulo Brossard. Nesse ponto, a divergência de Cretella Júnior é, inclusive, mais suave do que a dos demais, pois reconhece a sua natureza político-administrativa, mas afirma que os crimes de responsabilidade devem estar fixados em lei.

No conceito do *impeachment*, procuramos salientar, de maneira clara, sua natureza: *impeachment* é a medida de natureza político-administrativa que tem por finalidade desinvestir de funções públicas todo membro do Governo que, pela prática de crime de responsabilidade, ou de crime comum, fixado em lei, perdeu confiança do povo¹⁰⁰.

Essa também é a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Primeiro. O crime de responsabilidade é sempre uma “violação da Constituição”. Isto é nítido, sobretudo, a partir da Constituição de 1946. Segundo. Configura, pois, uma “conduta politicamente indesejável”, conquanto não, necessariamente, uma conduta anti-social. Por isso, nem sempre o crime de responsabilidade é crime comum. Terceiro, há de ser, sempre “definido em lei”. Nota-se que todas as Constituições citadas o exigem expressamente. Aplica-se, pois, em relação

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori. Voto. In: Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.371/DF, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento: 08/09/2016. DJe: 09/09/2016.

¹⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 18.

a tais crimes o inafastável princípio *nulla crimen nulla poena sine lege*¹⁰¹.

Mais enfáticas são as críticas de Gallo e Lacerda:

As condutas que tipificam os chamados de crimes de responsabilidade do Presidente da República não representam crimes propriamente ditos, isto é, conforme o direito penal os descreve. Todavia, essas condutas passíveis de impeachment devem ajustar-se à moldura legal (Lei n. 1.079/50). O conceito de crime é, portanto, relevante para o entendimento dessa matéria¹⁰².

O seu art. 54 tira todo o arbítrio nessa matéria e, não satisfeita com determinar taxativamente as causas que podem fundamentar o processo de responsabilidade (*impeachment*), ordena de modo terminante, no § 1º, que tais delitos sejam definidos em lei especial, e esta é a de n. 30, de 8 de janeiro de 1892¹⁰³.

Todavia, o próprio jurista Paulo Brossard encarrega-se de rebater as questões levantadas pelos demais doutrinadores. Nesse sentido, Brossard aponta falhas na linha argumentativa dos demais citados, ao assinalar que independentemente da perspectiva que se observa a legislação a respeito dos crimes de responsabilidade, não haveria como se chegar à conclusão diversa daquele defendida pela maioria doutrinária. Em primeiro lugar, Brossard explica a amplitude abstrata dos tipos descritos na Constituição e nas leis regulamentadoras:

É verdade que dificilmente se conceberá um fato cuja classificação não possa caber em alguma das categorias de crimes de responsabilidade enumeradas no art. 54 da Constituição e detalhadamente definidas na Lei n. 30, de 8 de

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Presidente da República – Crimes de Responsabilidade – Impeachment. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189 – jul/set 1992, p. 375.

¹⁰² GALLO, p. 49.

¹⁰³ LACERDA, Paulo . **Princípios de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Azevedo, 1929, p. 462.

janeiro de 1892, mas, se o que se teve em vista foi não excluir da devida repressão hipótese alguma que a reclamasse, chegar-se-ia com mais segurança a esse resultado abrindo aos dois ramos do Congresso um campo de apreciação mais largos e mais livre¹⁰⁴.

De um ponto de vista prático, Paulo Brossard também aborda a posição contrária. Sob essa perspectiva, se o objetivo do constituinte e do legislador ordinário era justamente evitar abusos do Congresso, “escolheu um meio ineficaz, porque abusos pode o Congresso cometer de mil modos, inclusive a adulteração de fatos e a condenação sem provas, soberano como é na decretação do ‘impeachment’ pela Câmara e no julgamento dele pelo Senado¹⁰⁵”. Não há como exigir um julgamento jurídico de um julgador eminentemente político, se a verdadeira vontade do legislador era evitar a condução de ordem política do instituto, não deveria ter lhe entregado a competência ao Senado Federal, mas também ao Supremo Tribunal Federal, como o fez nos casos de crimes comuns praticados pelo Presidente da República.

Ainda que persistam os argumentos de diversos juristas que compreendem os crimes de responsabilidade como pertencentes à esfera do Direito Penal ou a uma situação mista ou *sui generis*, os apontamentos trazidos por Brossard parecem ser suficientes para afastar a hipótese. Quando os próprios ilícitos apresentam uma abertura semântica ampla, ou conceitos jurídicos indeterminados, que necessitam de interpretação pelos julgadores, não haveria como proceder à adoção da legalidade estrita, uma vez que essa não parece ter sido a escolha do constituinte ou dos legisladores ordinários ao longo da história da República.

Para caracterizar a natureza substancialmente política que o *impeachment* apresenta também no direito brasileiro, quando a Constituição não estivesse a proclamá-la, bastaria recorrer à lei, votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, e nela verificar latitude igual a que tem o *impeachment* nos Estados Unidos e o *juicio político* na Argentina. Com efeito, constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração (art. 9º, n. 7, da Lei n.

¹⁰⁴ BROSSARD, op. cit., p. 52-53.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 53.

1.079) “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”. Semelhantemente dispunha o Decreto n. 30, de 1892, ao preceituar, no art. 48, que formava seu Capítulo VI, ser crime de responsabilidade contra a probidade da administração “comprometer a honra e a dignidade do cargo por incontinência pública e escandalosa, ou pelo vício de jogos proibidos ou de embriaguez repetida, ou portando-se com inaptidão notória ou desídia habitual no desempenho de suas funções”¹⁰⁶.

Muitos desses termos lançados pela Lei n. 1.079/50, que permeiam o *impeachment*, não são compatíveis com a ótica restritiva do Direito Penal. De outro lado, muito se assemelham à “quebra de decoro parlamentar”¹⁰⁷, que também limita o exercício de um direito político, uma vez que cessa o mandato de um parlamentar devidamente eleito pelo povo, cujos termos necessitam interpretação tal como a “dignidade, a honra e o decoro do cargo”. Ambos tratam de análises subjetivas, cujo teor político de interpretação está nitidamente presente.

2.2.3 Natureza do julgamento dos crimes de responsabilidade

Como último elemento essencial para a compreensão da natureza do *impeachment* no Brasil, analisar-se-á as questões envolvendo o julgamento dos crimes de responsabilidade. Se as penas são de índole político-administrativo – a perda do cargo e a inabilitação do exercício de função pública –, os “tipos penais” são de ordem política – cuja interpretação demanda juízo subjetivo –, resta verificar as condições do seu julgamento. Nesse sentido, Michel Temer:

Neste tema, convém anotar que o julgamento do Senado Federal é de natureza política. É juízo de conveniência e oportunidade. Não nos parece que tipificada a hipótese de responsabilização, o Senado haja de, necessariamente, impor penas.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 55-56.

¹⁰⁷ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: [...]

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; [...]
 § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

Poder ocorrer que o Senado Federal considere mais conveniente a manutenção do Presidente no seu cargo. Para evitar, por exemplo, a deflagração de um conflito civil; para impedir agitação interna. Para impedir desentendimentos internos, o Senado, diante da circunstância, por exemplo, de o Presidente achar-se em final de mandato, pode entender que não deva responsabilizá-lo¹⁰⁸.

Mesmo nos casos que não versassem sobre condutas exclusivamente políticas, Brossard assinala a existência de conveniência e utilidade do juízo pela Câmara e pelo Senado.

Além disso, embora o julgamento político não exclua o julgamento jurídico, antes o suponha, ele vai além dos limites deste; os critérios da Câmara, ao acusar, e do Senado, ao julgar, não são necessariamente os mesmos do Judiciário, e por vezes não podem sê-lo. Ainda quando o caso não seja tipicamente político, mas de aplicação legal mais direta, não lhe faltam ingredientes tais, e comumente se adicionam componentes de conveniência e utilidade na formulação do juízo da Câmara ao decretar a acusação e do Senado ao decidir sobre ela¹⁰⁹.

Ademais, Paulo Brossard também indica a incapacidade objetiva de o Supremo Tribunal Federal julgar as infrações políticas de responsabilidade, tendo em vista que o juízo prescinde de uma análise de problemas de governo. Trata-se, na visão de Brossard, de uma reanálise do juízo de conveniência e oportunidade realizada pelo Chefe do Executivo em um momento e, posteriormente, julgada criticamente pelo Legislativo.

Afeitos à aplicação da lei, consoante métodos estritamente jurídicos, é duvidoso que, de ordinário, os juízes tenham condições para decidir acerca de fatos que, por vezes, transcendem a esfera da pura legalidade, inserem-se em realidades

¹⁰⁸ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

¹⁰⁹ BROSSARD, op. cit., p. 140.

políticas, vinculam-se a problemas de governo, insinuam-se em planos nos quais a autoridade é levada a agir segundo juízos de conveniência, oportunidade e utilidade, sob o império de circunstâncias imprevistas e extraordinárias¹¹⁰.

Nesse aspecto, importante trazer uma discussão bastante relevante levantada por Paulo Brossard e regularmente esquecida nos calorosos debates acerca do *impeachment*. De acordo com a Constituição Federal, a Câmara dos Deputados, responsável pela acusação é, em verdade, a representação do povo, eleita proporcionalmente¹¹¹.

O Presidente da República é eleito pela maioria do eleitorado, maioria que entre nós pode ser relativa. Levando em conta que o regime é representativo, como se lê no pórtico da Constituição, se fosse lícito, através de uma análise anatômica, reduzir em termos quantitativos os Poderes políticos, dir-se-ia que a Câmara representa o todo, enquanto o Presidente representa a parte – na melhor das hipóteses, a maior parte do eleitorado. Mas apenas uma parte¹¹².

Certamente o constituinte não imaginava a situação política brasileira do Século XXI, mas há de se ressaltar que durante mais de cem anos da existência do instituto no ordenamento jurídico, muitos juristas consideravam letra morta, inútil e obsoleta, especialmente em razão do quórum exigido na Câmara dos Deputados para admissão da denúncia. Entretanto, talvez a influência norte-americana e o bipartidarismo brasileiro durante muitas décadas tenham iludido os juristas que se debruçaram sobre a matéria. Enquanto uma maioria de dois terços em um sistema bipartidário é muito difícil de ser alcançada, com a multipartidarismo exponencial que tomou conta da República Federativa do Brasil depois do ano de 1988, esse fenômeno parece mais imaginável, com sua ocorrência em duas oportunidades nos últimos 25 anos.

¹¹⁰ Ibidem, p. 143.

¹¹¹ Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

¹¹² BROSSARD, op. cit., p. 132.

Diante do elemento partidário envolvido, uma das reservas jurídicas do *impeachment* é a presidência da sessão de julgamento pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, de modo a garantir o cumprimento das leis e princípios constitucionais.

Em verdade, se o Presidente do Supremo Tribunal Federal for magistrado que esteja à altura do alto cargo que a nação lhe confiou, com o saber que tenha, a autoridade moral que possua, o prestígio da toga que enverga, a majestade da função que exerce, poderá amainar as paixões mais exacerbadas ou moderar os excessos; interpretando as leis com sabedoria e aplicando-as com imparcialidade, poderá ele proporcionar condições melhores de julgamento, o julgamento inspirar mais confiança e maior acatamento popular a decisão do Senado, que é definitiva e irreversível¹¹³.

Todavia, a participação do Presidente do Supremo Tribunal Federal não torna o processo estritamente jurídico, uma vez que os julgadores permanecem sendo os membros do Senado Federal, tendo o Poder Judiciário a competência somente de garantir a regularidade do processo, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁴. Portanto, permanece sob a incumbência dos Senadores a difícil missão constitucional de “guardar a justa medida, e conciliar, o que a alguns parece impossível, o espírito de justiça com o espírito partidário que existe, e não pode deixar de existir e, ainda mais, de excitar-se num julgamento político¹¹⁵”.

Finalmente, destaca-se que “o fato de ser o *impeachment* processo político não significa que ele deva ou possa marchar à margem da lei¹¹⁶”, devendo respeitar princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, assim como a legislação própria constante na Lei n. 1.079/50 e nos demais instrumentos normativos auxiliares, tais como os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados,

¹¹³ Ibidem, p. 149.

¹¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 20.941/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 09/02/1990. DJ: 31/08/1992.

¹¹⁵ BROSSARD, op. cit., p. 147.

¹¹⁶ Ibidem, p. 146.

do Senado Federal, além do próprio Código de Processo Penal, naquilo que for compatível com as normas específicas.

2.3 OS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Como último elemento desse capítulo, importante compreender quais efetivamente são os crimes de responsabilidade, para além dos exemplos trazidos na exposição sobre a natureza do instituto do *impeachment*. Nesse sentido, destaca-se que o art. 85 da Constituição Federal de 1988 elencou sete hipóteses específicas de crimes de responsabilidades: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Entretanto, o constituinte delegou ao legislador ordinário a responsabilidade de minuciar as hipóteses de enquadramento, respeitada a lista geral apresentada no art. 85.

A Constituição, como se constata singelamente, atribuiu ao legislador infraconstitucional a disciplina substantiva e processual da matéria, salvo naquilo que reservou para si própria. Assim, por exemplo, não poderá a lei ordinária, ao cuidar do processo, dispor acerca das competências da Câmara e do Senado de modo diverso do já feito pelo constituinte. Da mesma forma, ao tratar das definições dos crimes, não poderá incluir categoria diversa das que se encontram no elenco do art. 85. [...]

É possível afirmar, por via de consequência, que os crimes de responsabilidade se submetem, no direito brasileiro, a um regime de *tipologia constitucional estrita*, cabendo ao legislador ordinário tão-somente explicitar e minudenciar práticas que se subsumam aos tipos constitucionais¹¹⁷.

¹¹⁷ BARROSO, 1998, op. cit., p. 171.

Sob uma corrente diferente, Michel Temer advoga no sentido de que a Constituição não limitou os casos de crimes de responsabilidade ao que se encontra posto no art. 85, uma vez que toda conduta do Presidente da República que seja considerada como uma afronta às normas constitucionais deve ser imputável ao responsável sob o prisma do *impeachment*. Temer afirma que “essa lei, definindo os crimes, poderá elencar outros além dos arrolados nos itens I a VII do referido artigo? A resposta é afirmativa, uma vez que aquele elenco é exemplificativo, e desde que defina, como crimes, atos que atentem contra a Constituição Federal¹¹⁸”.

Teori Zavaski acompanha o posicionamento de Michel Temer sobre esta questão, pois considera que as condutas ensejadoras dos crimes de responsabilidade devem ser analisadas de forma abrangente, reconhecendo o julgamento subjetivo no qual está inserido o *impeachment*.

Justamente por isso, ela não deve mimetizar à risca a racionalidade aplicada nos domínios do direito penal, que exige um fechamento normativo mais estrito das condutas hipotetizadas pelos “tipos incriminadores”. O “tipo de responsabilidade”, diferentemente, deve ser capaz de clinicar uma espécie de realidade aumentada, provendo elementos que permitam uma imputação subjetiva com suficiente clareza da conduta, sem perder a sensibilidade para as consequências que decorreram deste ato para preceitos fundamentais da Constituição Federal, dentre os quais aqueles sediados nos incisos do art. 85 da CF. São estes os bens jurídicos imediatamente tutelados pelas normas que definem os crimes de responsabilidade e o processo de *impeachment*, o que torna inadequada a transposição acrítica, para esses institutos, do estreitamento dogmático que caracteriza os padrões jurídicos do direito penal, voltados à proteção de direitos pessoais fundamentais, notadamente os relacionados à liberdade de ir e vir. [...] A tipificação de crimes de responsabilidade não está submetida aos mesmos rigores encontrados no domínio do direito penal. Desde que o núcleo central do tipo permita a

¹¹⁸ TEMER, op. cit., p. 170.

imputação subjetiva de uma determinada conduta infracional, admite-se que os “tipos de responsabilidade” trabalhem com elementos descritivos mais abertos, incluindo o recurso a condutas equiparadas¹¹⁹.

De uma forma ou de outra, impõe-se a análise da legislação especial em vigor, a Lei n. 1.079/50, para uma devida discussão das hipóteses de crime de responsabilidade. Inicialmente, importante ressaltar que a mencionada lei especial restou promulgada quando da vigência da Constituição de 1946, muito antes das transformações impostas pela Constituição de 1988. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção parcial da Lei n. 1.079/50 nos julgamentos que ocorreram durante o processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor.

O art. 85 da Constituição Federal cuidou de destacar os bens jurídicos que deveriam merecer especial prevenção e encomendou ao legislador federal (art. 85, § único) o desenvolvimento de figuras típicas constitutivas de crimes de responsabilidade, infrações essas que atualmente encontram previsão no corpo da Lei 1.079/50, com os acréscimos da Lei 10.028/00. Os artigos 5º a 11 da Lei 1.079/50 pormenorizam, na medida do possível, as condutas tidas como atentatórias aos bens jurídicos descritos nos incisos do art. 85 da CF, viabilizando com isso a individualização das infrações imputáveis às autoridades políticas a título de crime de responsabilidade¹²⁰.

Sem a pretensão de exaurir o tema, pretende-se fazer breves comentários aos artigos da Lei n. 1.079/50 que expõe as condutas tidas como crimes de responsabilidade, visando a sua inserção dentro dos debates a respeito da natureza do *impeachment*.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori. Voto. In: Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.371/DF, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento: 08/09/2016. DJE: 09/09/2016, p. 10-13.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 9.

2.3.1 Existência da União

Art.5º São crimes de responsabilidade contra a existência política da União: 1) entreter, direta ou indiretamente, inteligência com governo estrangeiro, provocando-o a fazer guerra ou cometer hostilidade contra a República, prometer-lhe assistência ou favor, ou dar-lhe qualquer auxílio nos preparativos ou planos de guerra contra a República; 2) tentar, diretamente e por fatos, submeter a União ou algum dos Estados ou Territórios a domínio estrangeiro, dela separar qualquer Estado ou porção do território nacional; 3) cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, ou comprometendo-lhe a neutralidade; 4) revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação; 5) auxiliar, por qualquer modo, nação inimiga a fazer a guerra ou a cometer hostilidade contra a República; 6) celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação; 7) violar a imunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros acreditados no país; 8) declarar a guerra, salvo os casos de invasão ou agressão estrangeira, ou fazer a paz, sem autorização do Congresso Nacional; 9) não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor; 10) permitir o Presidente da República, durante as sessões legislativas e sem autorização do Congresso Nacional, que forças estrangeiras transitem pelo território do país, ou, por motivo de guerra, nele permaneçam temporariamente; 11) violar tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras.

O primeiro artigo a delimitar os crimes de responsabilidade, consistentes nos atos que atentem contra a “existência da União”, trata de questões vinculadas ao exercício das relações exteriores e das condutas internacionais do Chefe do Poder Executivo. Sob esse aspecto, o texto apresenta-se de modo coerente com as competências privativas do Presidente da República em “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”, como prevê o art. 84, VII, da

Constituição Federal. De igual modo, retrata a responsabilidade do Chefe do Executivo em “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”, previsto no art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988. Finalmente, também se coaduna com o art. 84, XXII, que autoriza “permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente”.

2.3.2 Livre Exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação

Art.6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados: 1) tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras; 2) usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção; 3) violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas dos Estados, da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e das Câmaras Municipais; 4) permitir que força estrangeira transite pelo território, do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional; 5) opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; 6) usar de violência ou ameaça, para constringer juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício; 7) praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo; 8) intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais.

As condutas previstas no art. 6º da Lei dos Crimes de Responsabilidade versam sobre os atos que contrariam justamente o

princípio da separação e harmonia entre os Poderes do Estado, consagrado no art. 2º da Constituição Federal. O Presidente da República não pode extrapolar as suas competências ou tentar manipular o Legislativo ou o Judiciário.

2.3.3 Exercício dos direitos políticos, individuais e sociais

Art.7º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais: 1) impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto; 2) obstar ao livre exercício das funções dos mesários eleitorais; 3) violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirar de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material; 4) utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral; 5) servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua; 6) subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social; 7) incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina; 8) provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis; 9) violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição; 10) tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

No art. 7º, apresenta-se de forma aberta quatro elementos distintos. Em primeiro lugar, estão os direitos políticos, registrados no art. 14 da Constituição. Desta forma, o Presidente da República não pode se utilizar do cargo que ocupa para de algum modo interferir nas eleições, como explícito nos itens 1, 2, 3 e 4 desse capítulo da legislação. De modo mais amplo, também é vedado ao Chefe do Poder Executivo praticar qualquer abuso de poder ou incentivar essa prática dentro do regime democrático.

Nas condutas mencionadas nas partes 6, 7, 8 e 10, tem-se à mostra os atos que eventualmente conduzam a um estado de violência na sociedade. Por último, o item 9 garante o respeito aos direitos individuais de cada um dos cidadãos.

2.3.4 Segurança interna do País

Art.8º São crimes contra a segurança interna do país: 1) tentar mudar por violência a forma de governo da República; 2) tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município; 3) decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa; 4) praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal; 5) não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes; 6) ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional; 7) permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública; 8) deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessárias à sua execução e cumprimento.

Os crimes de responsabilidade previstos no art. 8º são demasiadamente amplos, tendo uma conotação geral de uso da violência ou desídia no exercício do cargo. Os quatro primeiros itens mencionam atos atentatórios aos elementos básicos da República consistente na forma de governo, nas unidades federativas e na segurança nacional. De modo diverso, os quatro últimos elementos condizem com uma desídia no exercício da Chefia do Poder Executivo, consistente na não tomada de providências para evitar os danos à segurança interna do Brasil.

2.3.5 Probidade na Administração

Art.9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2) não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus

subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Certamente as condutas traçadas pelo artigo da “proibição administrativas” são as que mais ensejam a necessidade de subjetividade no momento da interpretação. Enquanto os dois primeiros itens são de caráter eminentemente objetivos, podendo ser desvendados de maneira simples, os demais atos mencionados são altamente complexos.

Muito embora exista um grande alvoroço doutrinário acerca do item 7 (proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo), não é menos ampla a diretriz do item 4 (expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição), tendo em vista que o juízo sobre a eventual contrariedade à Constituição depende justamente de uma interpretação sobre o texto constitucional, deixando o Chefe do Executivo à mercê do que se entender como contrário à Constituição Federal de 1988 pelos denunciadores e julgadores do *impeachment*.

2.3.6 Lei orçamentária

Art.10 São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: 1) Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; 2) exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3) realizar o estorno de verbas; 4) infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da Lei orçamentária. 5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (*Item*

acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000) 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 9) ordenar ou autorizar, em desconto com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)* 12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei. *(Item acrescido pela Lei nº 10.028, de 19/10/2000)*

Veja-se que grande parte dos itens constantes no art. 10 foram introduzidos pela Lei n. 10.028/2000, como forma de aumentar o controle sobre o Presidente da República. Os atos ora mencionados pela legislação de crimes de responsabilidade fazem referência ao art. 84, XXIII, e aqueles constantes na Seção “Dos Orçamentos” (arts. 165 e seguintes da Constituição).

2.3.7 Guarda e legal emprego dos dinheiros públicos

Art.11 São crimes de responsabilidade contra a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos: 1) ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas; 2) abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais; 3) contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal; 4) alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização em lei; 5) negligenciar a arrecadação das rendas, impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

O art. 11 possui uma peculiaridade relevante, uma vez que embora estivesse de forma expressa presente no texto constitucional de 1946, não consta mais do rol descrito no texto da Constituição Federal de 1988. Este tema, inclusive, encontra-se em discussão no Mandado de Segurança n. 34.371/DF, então de relatoria de Teori Zavascki. Na oportunidade da apreciação da medida liminar, o magistrado consignou que os itens do art. 11 estariam abrangidos pelo inciso VI do art. 85 da Constituição Federal, que lista os crimes de responsabilidade que atentem contra a lei orçamentária. Na visão de Zavascki, a expressão posta de “lei orçamentária” deve ser interpretada de modo a compreender também as condutas relacionadas com o orçamento.

Sem qualquer desapareço pelas opiniões doutrinárias que endossam ponto de vista semelhante, essa assimetria de redação não é suficiente para resultar num juízo automático de não recepção das infrações enunciadas pelo art. 11 da Lei 1.079/50 pela CF/88. Em primeiro lugar porque o rol discernido nos incisos do art. 85, da CF, em que estão listados os bens jurídicos tutelados pela previsão de crimes de responsabilidade, não vigora de forma taxativa, já que o próprio caput do dispositivo indica que eles seriam “especialmente” protegidos, mas não exclusivamente [...]

Não fosse isso o bastante, cumpre ter presente que o bem jurídico protegido pelo art. 85, VI - “a lei orçamentária” -, não constitui figurino inflexível a ponto de excluir do seu âmbito de proteção dispositivos que sejam pertinentes à aplicação dos recursos públicos, que nada mais é do que a execução do orçamento. O preceito não pode ser lido com viés excessivamente reducionista, como se buscasse unicamente o cuidado com documento único, a lei orçamentária anual, mas como disciplina genérica de programação dos gastos públicos¹²¹.

Como mencionado anteriormente, compartilha-se do entendimento de Zavascki quanto à previsão do *caput* do art. 85 da Constituição Federal, na exata compreensão que tem uma de suas origens em Benjamin Constant. Registra-se, contudo, o pensamento contrário de Luís Roberto Barroso, exposto em seu parecer publicado em 1998 na Revista de Direito Administrativo:

A supressão de um dos tipos do elenco constitucional de crimes de responsabilidade produz, em última análise, os efeitos de uma *abolitio criminis*. Com efeito, todos os fatos anteriormente criminalizados tornam-se, *ipso facto*, atípicos, não mais ensejando qualquer consequência na esfera da responsabilidade política. Coerente com a premissa de que todas as figuras típicas dos crimes de responsabilidade encontram-se sujeitas a regime de *reserva constitucional estrita*, é inarredável a conclusão de que o art. 11 da Lei n. 1.079/50 não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente¹²².

Há de se ressaltar que o Mandado de Segurança impetrado pela presidente Dilma Vana Rousseff ainda não teve o seu julgamento de mérito realizado pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo a discussão em aberto, mesmo que se considere difícil à esta altura uma mudança de entendimento quando da análise da questão pelo Plenário. Restará saber se o, hoje, ministro Luís Roberto Barroso manterá o seu

¹²¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 12

¹²² BARROSO, 1998, op. cit., p. 172.

posicionamento acadêmico de décadas passadas ou se os bancos do Supremo Tribunal Federal, ou o tempo, alteraram suas convicções.

2.3.8 Cumprimento das leis e das decisões judiciais

Art.12 São crimes de responsabilidade contra as decisões judiciárias: 1) impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2) recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções no Poder Executivo; 3) deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; 4) impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

Os dispositivos do art. 12 fazem menção às condutas praticadas contra decisões judiciais de maneira ampla. De certa forma, pode-se perceber uma relação próxima com aquelas citadas no item 5 do art. 6º, que estabelece “opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças”. Todavia, o art. 12 o fez mais detalhadamente, nomeando uma série de atos que poderiam, então, ensejar o enquadramento como crime de responsabilidade.

Essa previsão legal atua fortemente sobre a ideia da separação de poderes, estabelecendo sanções políticas ao Chefe do Executivo que decidir não respeitar as funções do Poder Judiciário.

2.3.9 Comentários complementares

Como retratado no momento da discussão sobre a natureza do instituto do *impeachment*, as previsões legais da Lei n. 1.079/50 são demasiadamente amplas. Muitos dos dispositivos citados, especialmente aqueles concernentes à probidade administrativa, possuem uma margem de discricionariedade aos denunciantes e aos julgadores. Os conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade de interpretação das condutas genéricas da lei especial permitem, àqueles que desejarem, enquadrar praticamente qualquer conduta que tangenciasse a ilicitude, ou mesmo atos políticos discricionários que causassem prejuízos ao país, como crime de responsabilidade.

Deste modo, as infrações constantes na Lei n. 1.079/50 transpassam a ilicitude civil ou criminal, uma vez que versam sobre questões de ordem moral e político-administrativas.

Mais uma vez é necessário frisar que, pelo extrato essencialmente político dos crimes de responsabilidade, a projeção atentatória à Constituição Federal, exigida pelo art. 85, caput, não se depreenderá, no mais das vezes, do ato unitariamente imputado ao acusado, mas da desenvoltura negativa que ele adquire no contexto de governança global da Administração Pública¹²³.

Marcus Faver também faz apontamentos nesse sentido:

O juiz (ou o julgador) decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo e não apenas um determinado texto normativo. Por isso sustenta-se que o direito é contemporâneo à realidade. O instituto do “impeachment”, indubitavelmente, há de ser interpretado dentro desses conceitos e nesses parâmetros. Ele foi instituído para, sem dúvida alguma, sancionar no regime presidencialista, o agente público que tenha praticado uma infração político-administrativa. Não requer a prática de um “crime” ou um ato individual subjetivo taxado na lei¹²⁴.

De um ponto de vista prático, ou pragmático, o entendimento que prevalece é o de Paulo Brossard, uma vez que seria impossível exigir da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal que as suas análises fossem estritamente jurídicas, quando se tratam de órgãos político. Caso a Constituição Federal objetivasse um procedimento jurídico-criminal, com a aplicação pura do Direito, esta competência seria do próprio Supremo Tribunal Federal e não do Legislativo.

¹²³ Ibidem, p. 19.

¹²⁴ FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271 – jan/abr 2016, p. 341.

Finalmente, destaca-se que o *impeachment* está devidamente inserido no âmbito da judicialização da política, mencionada por Ran Hirschl. Muito embora o Judiciário não possa adentrar e rediscutir o mérito da sentença proferida pelo Senado Federal, nos casos históricos dos presidentes Fernando Collor e Dilma Rousseff, o Supremo Tribunal Federal interviu para garantir os direitos fundamentais e o cumprimento da legislação atinente à matéria.

CAPÍTULO 3 – PODER JUDICIÁRIO E O *IMPEACHMENT*

3.1 HIPÓTESES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Antes de iniciar-se a discussão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos dos *impeachments* dos presidentes Fernando Collor de Mello e Dilma Vana Rousseff, mister é uma avaliação preliminar sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo e julgamento dos crimes de responsabilidade. Para entender o assunto, deve-se iniciar com a possibilidade de um controle judicial dos atos administrativos e legislativos, o chamado *judicial review*, que consiste na revisão pelo Judiciário de atos do Executivo e do Legislativo.

Em primeiro lugar, salienta-se que a separação e harmonia dos Poderes do Estado não está mais somente conectada com as funções tradicionais exercidas (administrativa, legislativa e jurisdicional), uma vez que cada um do Poderes, em momentos específicos, invadam a esfera antes reservada aos outros.

Nesse sentido, coloca Dirceu Torrecillas Ramos:

Montesquieu já admitiu o veto do Chefe de Estado no processo legislativo. Há uma certa invasão de um poder em funções de outros. A Constituição brasileira admite o legislativo julgando, como é o caso do Senado nos crimes de responsabilidade do Presidente da República, conforme artigo 52, I; o Senado ainda administra quando admite pessoal para a sua secretaria. O judiciário administra quando um tribunal organiza a sua secretaria, participa da elaboração da lei pela iniciativa de certos projetos conforme o artigo 96, II da Constituição de 1988 e legisla de acordo com o artigo 114, § 2º. O executivo legisla pelas medidas provisórias, por delegação e por regulamentos, julga no contencioso administrativo¹²⁵.

Diante desse cenário de intersecção de funções entre os três Poderes, o Judiciário acaba por exercer o controle dos atos praticados pelos demais, independentemente de sua natureza.

¹²⁵ RAMOS, Dirceu Torrecillas. Controle do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200 – abr/jun 1995, p. 99.

Entretanto, existem alguns atos administrativos e legislativos cuja controle deve ser uma *ultima ratio*, os denominados atos discricionários. Em sua concepção, os atos discricionários são aqueles em que a constituição ou a legislação ordinária não determina uma única escolha ao agente incumbido daquela responsabilidade. Em suma, existe uma escolha a ser realizada pela autoridade administrativa, que não dever ser meramente substituída pela escolha do Poder Judiciário, uma vez que a competência de decisão seria do Executivo ou do Legislativo.

Ao tratar dos crimes de responsabilidade e do processo de *impeachment*, verificou-se que parte das condutas elencadas pela Lei n. 1.079/50 possuíam conotação aberta. Sendo assim, estar-se-ia diante dos denominados conceitos jurídicos indeterminados ou de uma amplitude de interpretação que extrapolaria uma única solução possível.

No caso da existência de conceitos vagos e imprecisos, grande parte da doutrina faz referência aos conceitos jurídicos indeterminados a fim de justificar os motivos pelos quais há discricionariedade. São indeterminados porque a lei definiu seus motivos por meio de expressões vagas ou vocábulos plurissignificativos. Tendo em vista a abstração desses conceitos, o administrador tem uma liberdade para atuar in concreto, não para decidir ao seu talante, e sim para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo¹²⁶.

Como visto nos capítulos anteriores, algumas das transformações advindas dos novos modelos constitucionais causaram um grande impacto na possibilidade de atuação do Poder Judiciário, de modo que vem se tornando cada vez mais difícil evitar a intervenção judicial em assuntos antes de competência exclusiva do Executivo ou do Legislativo. Uma grande parte da doutrina administrativista e constitucionalista dá suporte ao *judicial review*, sob o fundamento de que os direitos previstos na Constituição Federal devem ser garantidos irremediavelmente, sem constrictões por parte do Executivo ou Legislativo.

Sob essa perspectiva, a seguir traçar-se-á uma breve análise a respeito da possibilidade do *judicial review* no processo de *impeachment*

¹²⁶ RIBAS, Carolline Leal. CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268 – jan/abr 2015, p. 96.

e quais seriam as etapas suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário. Em uma última oportunidade, apresenta-se o entendimento corrente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, em vista de uma visão concreta da matéria.

3.1.1 Crimes de Responsabilidade e o *Judicial Review*

O primeiro tópico a ser abordado versa sobre a possibilidade do *judicial review* e de uma atuação do Poder Judiciário nos casos em que existe uma omissão dos envolvidos. Para auxiliar no desenvolvimento dessa ideia, transcreve-se os ensinamentos do professor Anderson Vichinkeski Teixeira, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos:

No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever.

Não se fala aqui em ativismo judicial nocivo, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última. Interpretar limitado pela mens legis (sentido da lei) e pela mens legislatoris (vontade do legislador) não impede que ao juiz seja necessário fazer uma construção hermenêutica para poder solucionar o caso concreto¹²⁷.

De acordo com essa mesma visão, dever-se-ia afastar a teoria da autorrestrição judicial, pois a Constituição Federal de 1988 determinou a inafastabilidade da jurisdição, como um meio de garantia dos direitos fundamentais, esculpidos no novo modelo constitucional.

Em que pese a teoria da autorrestrição judicial, verifica-se que no contexto da Constituição Federal de 1988 a mesma não se sustenta, eis que a partir da Carta Magna deve se dar um novo papel ao Judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos

¹²⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15 – jan/jun 2012, p. 49.

fundamentais. O princípio da separação dos poderes deve, então, ser analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entre os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos¹²⁸.

Esse é o entendimento de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Em cumprimento de sua indelegável função, o Poder Judiciário fica autorizado a aferir e penetrar na essência da construção do ato emanado pelos demais Poderes, para verificar se é o mesmo moral, legal, impessoal, eficiente e se cumpre o requisito da publicidade. [...] Com a codificação constitucional dos preceitos básicos do direito administrativo, a tarefa de controlar o Poder ficou mais elástica e mais contundente, tendo em vista uma construção jurisprudencial sólida do STF e demais Cortes Revisoras, que, como guardiãs da legalidade, limitam a atuação pública ao que vem elencado na Constituição Federal¹²⁹.

Em consonância com o exposto por Barboza e Kozicki, mesmo os questionamentos que tivessem origem nos atores políticos tradicionais, também estariam sob o âmbito de julgamento, em especial do Supremo Tribunal Federal, para determinação de sua conformidade com o texto constitucional de 1988 e as garantias ali presentes.

Essa expansão amplia o espaço público de debate sobre questões morais e políticas na sociedade, que ganha uma nova arena, o Poder Judiciário, o qual assume papel protagonista na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que, provocada por atores

¹²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15 – jan/jun 2012, p. 79.

¹²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos poderes executivo e legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 234 – out/dez 2003, p. 233-234.

políticos, também legitima o próprio documento constitucional¹³⁰.

Contudo, ao tratar dos elementos políticos em jogo, deve-se voltar a perspectiva para a sindicabilidade do processo de *impeachment* e as suas características singulares.

Adentrando aos aspectos específicos dos crimes de responsabilidade - analisados em um primeiro momento pela Câmara dos Deputados e julgados pelo Senado Federal -, deparamo-nos com atos de índole política praticadas por ambas as casas do Congresso Nacional. Nas históricas lições de Hely Lopes Meirelles, devem ser considerados como atos políticos aqueles praticados com um fundamento político, independente do Poder que o desempenhou. Assim, se está diante de um juízo político, cuja competência está prevista na Constituição.

A conceituação dos chamados *atos políticos* tem desafiado a argúcia dos publicistas, sem chegarem a uma definição coincidente e satisfatória. A dificuldade está em que, a nosso ver, não há uma categoria de atos políticos, como entidade ontológica autônoma na escala dos atos estatais, nem há um órgão ou Poder que os pratique com privatividade. Todos os Poderes de Estado são autorizados constitucionalmente a praticar determinados atos, em determinadas circunstâncias, com *fundamento político*. Nesse sentido, pratica *ato político* [...] ; pratica-o o Legislativo quando rejeita veto, quando aprova contas, quando cassa mandato; pratica-o o Judiciário quando propõe a criação de tribunais inferiores, quando escolhe advogado e membro do Ministério Público para compor o quinto constitucional. Em todos esses exemplos são as conveniências do Estado que comandam o ato e infundem-lhe caráter *político* que o torna insuscetível de controle judicial, quanto à valoração de seus motivos¹³¹.

¹³⁰ BARBOZA; KOZICKI, op. cit., p. 67.

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 747-748.

Paulo Brossard, ao tratar da temática de possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo de *impeachment*, alertou para a incongruência de eventual possibilidade deste último poder revisar o mérito das decisões proferidas pela Câmara dos Deputados e Senado Federal. Na visão de Brossard, se a Constituição atribuiu competência para o Senado Federal julgar o Presidente da República nos casos de crimes de responsabilidade, não haveria razão para permitir que o Judiciário viesse a intervir no julgamento, pois nesse caso seria ele quem teria a palavra final sobre a incidência, ou não, das infrações político-administrativas imputadas ao Chefe do Poder Executivo, o que evidentemente não era o objetivo da Constituição.

Com tais características e peculiaridades, é natural que do julgamento político, prolatado por uma corporação política, em virtude de causas políticas, ao cabe de processo político, instaurado sob considerações de conveniência política, não haja recurso para o Poder Judiciário¹³².

Michel Temer posiciona-se de modo semelhante:

O judiciário não pode reexaminar o mérito da questão que levou o Senado a responsabilizar o Presidente. Esse juízo é feito, única e exclusivamente, pelo órgão político. Entretanto, nada impede que o Presidente da República sirva-se de mandado de segurança contra a Mesa da Câmara e do Senado Federal, para demonstrar – se for o caso – que houve irregularidade procedimental, em descumprimento ao Texto Constitucional e à lei especial referida no parágrafo único do art. 85¹³³.

Em verdade, a visão de Temer coaduna, como se observará adiante, com o entendimento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal. De acordo com essa perspectiva, o Judiciário poderá ser convocado a atuar nos casos de irregularidades procedimentais e eventuais violações diretas à Constituição e às regulamentações previstas na legislação específica.

No entanto, outra passagem da importante doutrina de Paulo Brossard, *O Impeachment*, merece ser transcrita, uma vez que revela

¹³² BROSSARD, op. cit., p. 139.

¹³³ TEMER, op. cit., p. 172.

outras questões, de modo a sustentar um afastamento ainda maior do Poder Judiciário quando da análise dos crimes de responsabilidade.

Se a Constituição quis certos casos, pelas suas características e consequências, fossem ajuizados pela Câmara e decididos pelo Senado, admitir que o Judiciário pudesse interferir em decisão daquela ou revisar o julgamento deste, importaria em desfazer a cláusula constitucional que reservou ao Senado e só a ele, com exclusividade, o quinhão de pronunciar-se, em caráter definitivo, sobre a acusação votada pela Câmara, e unicamente por ela, pois estaria conferindo a outro Poder a prerrogativa de proferir a palavra derradeira¹³⁴.

Contudo, o firme posicionamento de Brossard não é suficiente para esvaziar algumas das críticas atuais sobre essas afirmações, ainda que não propriamente direcionadas ao processo de *impeachment*, mas ao controle dos atos administrativos e legislativos. Questiona-se sobre a possibilidade de incidência do denominado *détournement de pouvoir*, ou seja, do desvio crasso de finalidade. Mesmo que as análises da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sobre os crimes de responsabilidade sejam eminentemente políticas, estariam essas condutas sujeitas ao *judicial review* caso fosse verificado o desvio de finalidade? Para alcançar uma resposta, traz-se o conceito mais amplo do *détournement de pouvoir*.

Temos que o *détournement de pouvoir* assim como se universalizou no direito administrativo comparado, com a exportação do modelo francês ao direito dos demais países, também merece ser estendido ao controle de atos típicos do legislativo ou judiciário, a título de modalidade de excesso de poder pela violação da finalidade prevista ou implícita da norma de direito¹³⁵.

Caio Tácito, tradicional professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, indica

¹³⁴ BROSSARD, op. cit., p. 144.

¹³⁵ TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242 – out/dez 2005, p. 73.

que o instituto jurídico mencionado poderia ser utilizado para controle de atos legislativos, muito embora tenha suas origens no Executivo.

No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos, em princípio, gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham. [...] O princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculada à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador¹³⁶.

Nesse cenário, estar-se-ia diante de uma situação acintosa, a qual poderia ser enquadrada dentro das limitadas hipóteses de controle judicial do ato administrativo discricionário. Nesse aspecto, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

O mérito administrativo deve ser entendido como a valoração dos aspectos de conveniência e oportunidade atribuída à decisão do administrador quando atua sob o manto do poder discricionário. [...] Entretanto, os atos decorrentes do poder discricionário – e esse é o equívoco cometido por certos intérpretes – não são imunes ao controle de legalidade. [...] Urge anotar, preliminarmente, que lavra em dias atuais grande controvérsia sobre os limites que demarcam a possibilidade jurídica do controle judicial, os quais, evidentemente, são necessários no sistema de controle, tendo em vista que nenhum Poder reina absoluto sobre os demais. A matéria, a nosso ver, tem que ser enfrentada com equilíbrio e sem radicalismos, de modo que se considere possível o controle acurado da legalidade dos atos administrativos, sem invadir o campo reservado à competência dos órgãos da Administração¹³⁷.

¹³⁶ Ibidem, p. 75.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Capítulo 3: Controle Judicial. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado**. São Paulo: RT, 2014, p. 59.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica com clareza a situação:

Isto é, o agente público estará sempre “vinculado” ao campo da certeza positiva e ao campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma interpretação desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta do sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar¹³⁸. [...] Finalmente, a discricionariedade é *relativa*, no sentido de que, ainda quando a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, *tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente* diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regras. [...] e, pode ocorrer, até mesmo que, *à toda evidência*, não lhe reste *senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo*, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação¹³⁹.

Muito embora não seja um assunto tratado com regularidade na doutrina sobre os crimes de responsabilidade, deve-se registrar a possibilidade de reconhecimento de *détournement de pouvoir* nos casos de denúncias manifestamente infundadas. Caso uma denúncia seja aceita e julgada, sem que exista o mínimo dos requisitos presentes na Constituição Federal e na Lei n. 1.079/50, verifica-se margem para atuação do Poder Judiciário no mérito da causa.

Todavia, o posicionamento convencional indica a possibilidade do *judicial review* tão somente para garantir o processamento regular do julgamento e assegurar as garantias presentes na Constituição Federal, como posto por Luís Roberto Barroso:

É fora de dúvida, por outro lado, que o Poder Judiciário está autorizado a exercer o controle de legalidade sobre o processo de *impeachment*, salvaguardando o eventual direito subjetivo violado, conforme o já mencionado entendimento

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 993.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 1015.

consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A hipótese enseja, de modo claro e inequívoco, o *judicial review*¹⁴⁰.

Superadas, minimamente, as discussões iniciais, passa-se à análise da jurisprudência e do entendimento do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da ADPF n. 378.

3.1.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378, diversos ministros do Supremo Tribunal Federal se posicionaram a respeito do assunto:

Inicialmente, destaca-se o posicionamento da ministra Rosa Weber, que, ressaltando os precedentes do Supremo Tribunal Federal, indicou pela inafastabilidade da jurisdição. Contudo, afirmou que seria vedado o exame do mérito do pedido de *impeachment*, uma vez que seria do Senado Federal a competência para julgar a situação fática concreta.

Por outro lado, e não obstante autorizadas vozes dissonantes, aponta a jurisprudência deste Plenário no sentido da inafastabilidade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal para assegurar respeito às garantias fundamentais do devido processo legal. E assenta que, ao estabelecer a competência privativa do Senado Federal para o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, o que a Constituição veda é o exame do mérito do impeachment por esta Suprema Corte¹⁴¹.

De igual modo, o ministro Luís Roberto Barroso compreendia que a função primordial do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos processos de crimes de responsabilidade seria de garantir que as regras postas fossem cumpridas por todos os atores envolvidos. Sendo assim, o STF deveria definir com clareza, como acabou realizando, o rito do

¹⁴⁰ BARROSO, 1998, op. cit., p. 173.

¹⁴¹ WEBER, Rosa. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016., p. 15-16.

impeachment, tendo em vista que se tratar de situação naturalmente turbulenta para a sociedade.

Entendo que o papel do Supremo Tribunal Federal neste processo e o de assegurar que ele transcorra de forma regular e legítima e em respeito as regras do jogo. Para tanto, deve-se definir, com clareza, o rito aplicável ao *impeachment*. Desse modo, evita-se que cada incidente e etapa de sua concretização seja judicializado, o que atravancaria o curso do julgamento e aumentaria a instabilidade política, econômica e social no País. Este é o alcance deste feito e objetivo do voto que proferirei¹⁴².

O ministro Celso de Mello, por sua vez, adentrou com maior profundidade a possibilidade do Supremo Tribunal Federal analisar eventuais irregularidades durante o processo envolvendo os crimes de responsabilidade. Em uma posição que recorda as lições de Bandeira de Mello e de Carvalho Filho, Celso de Mello indicou que praticamente quaisquer atos proferidos ao longo do *impeachment* que fossem contrários às normas constitucionais, poderiam ser analisados.

É inquestionável, bem por isso, que a existência de controvérsia jurídica impregnada de relevo constitucional legitima o exercício, por esta Suprema Corte, de sua atividade de controle, que se revela ínsita ao âmbito de competência que a própria Carta Política outorgou-lhe. Isso significa reconhecer que a prática do “judicial review” – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – não pode ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo. A discricção dos corpos legislativos não se legitima quando exercida em desarmonia com os limites estabelecidos pelo estatuto constitucional, eis que as atividades dos Poderes do Estado sofrem os rígidos condicionamentos que lhes impõe a Constituição da República, especialmente nas hipóteses de inflição de sanção punitiva, ainda que de índole

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**, op. cit., p. 3.

política, como a decretação da perda do mandato¹⁴³. [...]

É imperioso assinalar, portanto, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados pelas Casas legislativas – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por estatutos meramente regimentais ou pelo suposto caráter “interna corporis” do ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado¹⁴⁴.

O ministro Edson Fachin, naquela ocasião, compartilhava do entendimento explanado por Rosa Weber e Luís Roberto Barroso, a medida em que reconhecia a jurisdição da Suprema Corte apenas para assegurar as garantias individuais, especialmente o contraditório e o devido processo legal, deixando a análise de mérito exclusivamente para o Senado Federal.

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui delineada sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de *impeachment* é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder¹⁴⁵.

¹⁴³ MELLO, Celso de. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**, op. cit., p. 11.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 12.

¹⁴⁵ FACHIN, Edson. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. op. cit., p. 45.

Desta forma, extraindo os posicionamentos daqueles ministros que se debruçaram sobre o assunto, deixando registradas as suas opiniões, extrai-se que uma ampla maioria do Supremo Tribunal Federal defende o *judicial review* somente em relações às questões procedimentais e de garantias individuais, sem adentrar ao mérito da discussão traçada no processo. Registra-se que esse também é o entendimento da maioria da doutrina que versa sobre o *impeachment* e as suas relações com o Poder Judiciário. Essa compreensão a respeito da intervenção mínima do Judiciário fortalece a ideia de se tratar de um instituto de natureza político-administrativa, preservando a discricionariedade dos atos políticos praticados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal ao longo do seu processamento pelo Legislativo.

3.2 PROCESSO DE *IMPEACHMENT* CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, importante destacar o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal em relação a natureza do instituto do *impeachment*. Como visto anteriormente, grande parte da doutrina permanece dividida em relação ao assunto, com relevantes nomes em ambos os lados do embate. Entretanto, dentro da corte constitucional brasileira, em sua composição atual, quase não há divergência sobre a prevalência da natureza política do *impeachment* em detrimento da visão que encara o instituto sob uma ótica criminal.

No julgamento da ADPF n. 378, Rosa Weber trouxe as lições de Eptácio Pessoa para fundamentar a sua posição sobre a natureza do processamento dos crimes de responsabilidade, afastando categoricamente a aplicação dos mesmos elementos usados no processo penal.

Nessa linha, Eptácio Pessoa - que antes de chegar à Presidência da República foi Juiz deste Supremo Tribunal e Senador da República -, asseverou em parecer exarado na primeira década do século XX a respeito de *impeachment* na esfera estadual, “Mas o *impeachment* não é um processo criminal; é um processo de natureza política, que visa não a punição de crimes, mas simplesmente afastar do exercício do cargo o governador que mal gere a coisa pública, e assim, a destituição do governador não é também uma pena criminal, mas uma providência de ordem administrativa. Os chamados

crimes de responsabilidade do governador não são propriamente crimes; são uns tantos atos previamente especificados, que, previstos ou não na lei penal da República, incompatibilizam aos olhos do Estado o seu governador para o exercício da função. A chamada pena de destituição também não é rigorosamente uma pena, mas uma medida de governo”. Daí não se aplicarem ao impeachment os mesmos rigores do processo judicial, em especial do processo penal, notadamente no tocante à extensão do exercício do direito de direito de defesa e aos critérios para que se tenha por observado o devido processo legal¹⁴⁶.

Nessa mesma linha, Luiz Fux relembra que os chamados crimes de responsabilidade não são crimes, uma vez que suas sanções são de âmbito político-administrativo. Sendo assim, o ministro também discordava da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal aos casos que versassem sobre o *impeachment* do Presidente da República.

Pois bem, a segunda premissa, para mim, talvez seja a mais importante: a premissa de caráter processual. Estamos diante de um processo Constitucional, não estamos julgando a natureza da infração, não estamos julgando quais foram os atos praticados. Estamos julgando processo e procedimento. Eu diria mais, Senhor Presidente: não obstante, se aduz a crime de responsabilidade, na verdade não se pode aplicar analogicamente o Código de Processo Penal. Esses crimes de responsabilidade só têm o nome de crime de responsabilidade, mas não têm nenhuma sanção penal, porque crimes não são, são infrações político-administrativas¹⁴⁷.

Luís Roberto Barroso, relator para o acórdão na ADPF n. 378, em seu voto vencedor também fez diversas restrições a utilização de procedimentos típicos do processo penal. Nesse sentido, argumentou que as situações apresentadas nos crimes de responsabilidade divergem

¹⁴⁶ WEBER, Rosa. op. cit., p. 13-14.

¹⁴⁷ FUX, Luiz. Antecipado ao Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016, p. 2.

daquelas vivenciadas no âmbito criminal, razão pela qual a importação de garantias e institutos deste ramo do Direito não seria adequado para os processos de *impeachment*.

Necessário notar que o processo de apuração de crimes de responsabilidade, embora judicialiforme, não é um processo judicial. Trata-se de processo cujo rito busca assegurar a ampla defesa e o contraditório do acusado, mas que, por outro lado, possui marcante conotação política. É equivocada a pretensão de transportar, acriticamente, garantias inerentes a processos criminais comuns para a esfera política dos crimes de responsabilidade, o que ensejaria tratamento idêntico a situações bastante diversas¹⁴⁸.

Esse também restou sendo o posicionamento de Edson Fachin, relator inicial da ADPF n. 378. Para o ministro, o próprio Supremo Tribunal Federal já haveria em outras ocasiões que a natureza do *impeachment* seria política e não criminal, deixando de aplicar os institutos penais de forma irrestrita durante a apuração de crimes de responsabilidade.

“Não se cuidando, qual antes se anotou, de condenação criminal, no processo de impeachment, segundo o sistema da Constituição, mas de sanção de índole política, não há como pretender aplicar o instituto da revisão criminal à decisão do Senado Federal, em processo de impeachment” (Pet 1365-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 23.03.2001). Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui delineada sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de impeachment é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes

¹⁴⁸ BARROSO, 2016, op. cit., p. 44.

políticos responsabilidades civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder¹⁴⁹.

De forma mais sutil, Celso de Mello também ressaltou o caráter político do instituto:

Todos sabemos – e não constitui demasia reafirmá-lo – que os aspectos concernentes à natureza marcadamente política do instituto do “impeachment”, bem assim o caráter político de sua motivação e das próprias sanções que enseja, não tornam dispensável a observância de formas jurídicas, cujo desrespeito pode legitimar a própria invalidação do procedimento e do ato punitivo dele emergente, conforme adverte a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰.

Nem todos os ministros da atual composição do Supremo Tribunal Federal expuseram os seus pontos de vista durante os julgamentos que versaram sobre o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Entretanto, percebe-se uma posição bastante firme pela preponderância do viés político do *impeachment* e certa barreira pela aplicação de dispositivos processuais penais.

Diante da impossibilidade de adentrar às intensas discussões que permearam o Poder Judiciário nos processos de *impeachments* de Fernando Collor de Mello e Dilma Vana Rousseff, optou-se pela abordagem de alguns dos tópicos mais relevantes, expostos a seguir.

3.2.1 Renúncia ao cargo

O tópico da renúncia ao cargo teve seu principal desfecho no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.689/DF¹⁵¹, impetrado por Fernando Collor de Mello:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. “IMPEACHMENT”. CONTROLE JUDICIAL. “IMPEACHMENT DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PENAL DE INABILITAÇÃO

¹⁴⁹ FACHIN, op. cit., p. 45.

¹⁵⁰ MELLO, op. cit., p. 9.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 16/12/93. DJ: 07/04/1995.

PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I – Controle judicial do “impeachment”: possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5º, XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF. II – O “impeachment”, no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste; no Brasil, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinária definirá os crimes de responsabilidade, disciplinará a acusação e estabelecerá o processo e o julgamento. III – Alteração do direito positivo brasileiro: a Lei n. 27, de 1892, art. 3º, estabelecia: a) o processo de “impeachment” somente poderia ser intentado durante o período presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei n. 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixando definitivamente o cargo. IV – No sistema do direito anterior à Lei 1.079, de 1950, isto é, no sistema das Leis n. 27 e 30, de 1892, era possível a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, § 3º; Lei n. 30, de 1892, art. 2º), emprestando-se à pena de inabilitação o caráter de pena acessória (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, § 7º; C.F. 1946, art. 62, § 3º; C.F., 1967, art. 44, parág. único; EC n. 1/69 art. 42, parág. único; C.F., 1988, art. 52, parág. único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2º, 31, 33 e 34). V – A existência, no “impeachment” brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parág. único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2º, 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos,

para o exercício de função pública. VI – A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de “impeachment”. VII – Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (C.F., art. 37). VIII – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei 201, de 27.02.1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo. IX – Mandado de segurança indeferido.

Basicamente, o STF entendeu que a renúncia, ou a saída do cargo por qualquer outro motivo, não ensejaria o encerramento ou trancamento de um julgamento já iniciado. Esse entendimento ainda causa algum desconforto na doutrina, como pode se verificar dos apontamentos realizados por Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz:

Realmente, verificando-se a renúncia do acusado ao cargo, impõe-se o arquivamento do processo, se antes do seu julgamento pelo Senado, ou o seu trancamento se já iniciado, em razão da perda de seu objeto, pois renúncia e impeachment são coisas que *hurlent de se trouver ensemble*, eis que, despido de sua condição oficial, perdeu a sua qualidade de agente público, e, ademais, inexistente a pena de inabilitação para exercer qualquer outra função pública por oito anos separada da pena de perda do cargo, sendo aquela acessória desta¹⁵².

Ora, o impeachment visa à remoção do agente político que cometeu crime de responsabilidade, definido como tal em Lei Federal especial, não se justificando a sua instauração ou o seu prosseguimento contra aquele que já não ostenta tal condição, ou seja, quando o acusado não esteja

¹⁵² LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Os efeitos da renúncia no impeachment. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 76 – nov/dez 2012, p. 170.

mais no exercício da função, em face da natureza eminentemente política do procedimento¹⁵³.

De lado oposto, encontra-se Michel Temer, cuja posição doutrinária acompanha o que o Supremo Tribunal Federal decidiu no caso do presidente Fernando Collor. Na visão de Temer, o processo de *impeachment*, uma vez instaurado, deve prosseguir até o julgamento.

A inabilitação para o exercício de função pública não decorre de perda do cargo, como à primeira leitura pode parecer. É, ao lado da perda do cargo, pena principal. O objetivo foi o de impedir o prosseguimento no exercício das funções (perda do cargo) e o impedimento do exercício – já agora não das funções daquele cargo de que foi afastado, mas de qualquer função pública. Essa a consequência para quem descumpriu deveres constitucionalmente fixados. Assim, porque responsabilizado, o Presidente não só perde o cargo como deve afastar-se da vida pública, durante oito anos, para “corrigir-se”, e só então poder a ela retornar¹⁵⁴.

3.2.2 Impedimento e suspeição

Os institutos do impedimento e da suspeição foram levantados tanto no julgamento de Fernando Collor (Mandado de Segurança n. 21.623/DF¹⁵⁵), quanto no de Dilma Rousseff (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378). Em breve síntese, ambos os presidentes argumentavam que os critérios de impedimento e suspeição no julgamento do *impeachment* no Senado Federal, deveriam ser aqueles determinados pelo Código de Processo Penal.

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. “IMPEACHMENT”: NA ORDEM JURÍDICA AMERICANA E NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA. O “IMPEACHMENT” E O “DUE PROCESS OF LAW”. IMPEDIMENTO E

¹⁵³ Ibidem, p. 173.

¹⁵⁴ TEMER, op. cit., p. 171.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 21.623/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 17/12/1992. DJ: 28/05/1993.

SUSPEIÇÃO DE SENADORES. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Constituição Federal, art. 51, I, art. 52, I, parágrafo único; artigo 85, parág. único; art. 86, § 1º, II, § 2º; Lei n. 1.079, de 1950, artigo 36, artigo 58, artigo 63. I – O “impeachment”, no sistema constitucional norte-americano, tem feição política, com a finalidade de destituir o Presidente, o Vice-Presidente e funcionários civis, inclusive juízes, dos seus cargos, certo que o fato embaixador da acusação capaz de desencadeá-lo não necessita estar tipificado na lei. A acusação poderá compreender traição, suborno ou outros crimes e delitos (“treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors”). Constituição americana, Seção IV do artigo II. Se o fato que deu causa ao “impachment” constitui, também, crime definido na lei penal, o acusado responderá criminalmente perante a jurisdição ordinária. Constituição americana, artigo I, Seção III, item 7. II – O “impeachment” no Brasil republicano: a adoção do modelo americano na Constituição Federal de 1891, estabelecendo-se, entretanto, que os crimes de responsabilidade, motivadores do “impeachment”, seriam definidos em lei, o que também deveria ocorrer relativamente à acusação, o processo e o julgamento. Sua limitação ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal. CF/1891, artigos 53, parág. único, 54, 33 e §§, 29, 52 e §§, 57, § 2º. III – O “impeachment” na Constituição de 1988, no que concerne ao Presidente da República: autorizada pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C.F., art. 51, I), ou admitida a acusação (C.F., 86), o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. É dizer: o “impeachment” do Presidente da República será processado e julgado pelo Senado Federal. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento. C.F./88, artigo 51, I; art. 52; artigo 86, § 1º, II, § 2º, (MS n. 21.564-DF). A lei estabelecera as normas de processo e julgamento. C.F., art. 85, par. único. Essas normas

estão na Lei n. 1.079, de 1950, que foi recepcionada, em grande parte, pela CF/88 (MS. 21.564-DF). IV – O “impeachment” e o “duo process of law”: a aplicabilidade deste no processo de “impeachment”, observadas as disposições específicas inscritas na Constituição e na lei e a natureza do processo, ou o cunho político do Juízo. C.F., art. 85, parág. único. Lei n. 1.079, de 1950, recepcionada, em grande parte, pela CF/88 (MS n. 21.564-DF). V – Alegação de cerceamento de defesa em razão de não ter sido inquirida testemunha arrolada. Inocorrência, dado que a testemunha acabou sendo ouvida e o seu depoimento pôde ser utilizado por ocasião da contrariedade ao libelo. Lei n. 1.079/50, art. 58. Alegação no sentido de que foram postas nos autos milhares de contas telefônicas, às vésperas do prazo final de defesa, o que exigiria grande esforço para a sua análise. Os fatos, no particular, não se apresentam incontroversos, na medida em que não seria possível a verificação do grau de dificuldade para exame de documentos por parte da defesa no tempo que dispôs. VI – Impedimento e suspeição de Senadores: inocorrência. O Senado, posto investido da função de julgar o Presidente da República, não se transforma, às inteiras, num tribunal judiciário submetido às rígidas regras a que estão sujeitos os órgãos do Poder Judiciário, já que o Senado é um órgão político. Quando a Câmara Legislativa – o Senado Federal – se investe de “função judicialiforme”, a fim de processar e julgar a acusação, ela se submete, é certo, a regras jurídicas, regras, entretanto, próprias, que o legislador previamente fixou e que compõe o processo político-penal. Regras de impedimento: artigo 36 da Lei n. 1.079, de 1950. Impossibilidade de aplicação subsidiária, no ponto, dos motivos de impedimento e suspeição do Cod. de Processo Penal, art. 252. Interpretação do artigo 36 em consonância com o artigo 63, ambos da Lei 1.079/50. Impossibilidade de emprestar-se interpretação extensiva ou compreensiva ao art. 36, para fazer compreendido, nas suas alíneas “a” e “a”, o alegado impedimento dos Senadores. VII – Mandado de Segurança indeferido.

Mais de duas décadas depois, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal manteve-se o mesmo, constatando que a Lei n. 1.079/50 já prevê hipóteses de impedimento ou suspeição, não havendo razão para aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, e incabível a equiparação entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que devem exercer suas funções com base em suas convicções político-partidárias e pessoais e buscar realizar a vontade dos representados. Em segundo lugar, a aplicação subsidiária pressupõe ausência de previsão normativa na lei, o que não ocorre em relação a Lei no 1.079/1950, que estabelece os casos de impedimento no art. 36. Por fim, embora a Lei de Crimes de Responsabilidade não estabeleça hipóteses de suspeição, não há que se falar em lacuna legal. Compreensível que o legislador tenha fixado, apenas e excepcionalmente, casos de impedimento, dado o fato de que o processo de *impeachment* ocorre no âmbito do Legislativo, onde divergências, embates e acusações ganham lugar cotidianamente¹⁵⁶.

Luís Roberto Barroso, no voto vencedor da ADPF n. 378, ainda retrata a diferença entre os magistrados, dos quais se demanda uma plena imparcialidade, e os senadores, cuja natureza da atuação é político-partidária, não ensejando, por consequência, o mesmo tratamento.

3.2.3 Papeis da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Os papéis da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, alterados pela Constituição de 1988, foram inicialmente discutidos no Mandado de Segurança n. 21.564/DF¹⁵⁷:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL.
 “IMPEACHMENT”. PROCESSO E
 JULGAMENTO: SENADO FEDERAL.

¹⁵⁶ BARROSO, 2016, op. cit., p. 39.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 21.564/DF**. Min. Rel. Carlos Velloso. Julgamento: 23/09/199. DJ: 27/08/1993.

ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CÂMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA QUE DEVE SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1.079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C.F., art. 5º, LV; art. 51, I; art. 52, I; art. 86, “caput”, § 1º, II, § 2º; Emenda Constitucional n. 4, de 1961; Emenda Constitucional n. 6, de 1963. Lei n. 1.079/50, art. 14, art. 23. I – “Impeachment” do Presidente da República: compete ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (C.F., art. 52, I; art. 86, § 1º, II), depois de autorizada, pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C.F., art. 51, I), ou admitida a acusação (C.F., art. 86). É dizer: o “impeachment” do Presidente da República será processo e julgado pelo Senado. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento (C.F., art. 51, I); art. 52, I; art. 86, § 1º, II, § 2º). II – No regime da Carta de 1988, a Câmara dos Deputados, diante da denúncia oferecida contra o Presidente da República, examina a admissibilidade da acusação (C.F., art. 86, “caput”), podendo, portanto, rejeitar a denúncia oferecida na forma do art. 14 da Lei 1.079/50. III – No procedimento de admissibilidade da denúncia, a Câmara dos Deputados profere juízo político. Deve ser concedido ao acusado prazo para defesa, defesa que decorre do princípio inscrito no art. 5º, LV, da Constituição, observadas, entretanto, as limitações do fato de a acusação somente materializar-se com a instauração do processo, no Senado. Neste, é que a denúncia será recebida, ou não, dado que, na Câmara corre, apenas a admissibilidade da acusação, a partir da edição de um juízo político, em que a Câmara verificará se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notifica do fato reprovável tem razoável

procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas. Por isso, será na esfera institucional do Senado, que processo e julga o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, que este poderá promover as indagações probatórias admissíveis. IV – Recepção, pela CF/88, da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50. Votação nominal, assim ostensiva (RI/Câmara dos Deputados, art. 184) ou votação em aberto (RI/Câmara dos Deputados, art. 187, § 1º, VI). V – Admitindo-se a revogação, pela EC n. 4, de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo, dos crimes de responsabilidade não tipificados no seu artigo 5º, como fizera a CF/46, art. 89, V a VIII, certo é que a EC n. 6, de 1963, que revogou a EC n. 4, de 1961, restabeleceu o sistema presidencial instituído pela CF/46, salvo o disposto no seu art. 61 (EC n. 6/63, art. 1º). É dizer: restabelecido tudo quanto constava da CF/46, no tocante ao sistema presidencial de governo, ocorreu repristinação expressa de todo o sistema. VI – Mandado de Segurança deferido, em parte, para o fim de assegurar ao impetrante o prazo de dez sessões, para apresentação de defesa.

Esse é o mesmo raciocínio utilizado por Barroso, que afirma “ao contrário do que ocorria no regime das Constituições de 1946, 1967 e 1969, na CF/1988 a Câmara não declara a procedência ou improcedência da acusação, mas tão-somente autoriza a instauração de processo pelo Senado”. Desta forma, “no regime atual, a Câmara não funciona como um “tribunal de pronúncia”, mas apenas implementa ou não uma condição de procedibilidade para que a acusação prossiga no Senado¹⁵⁸”. Esse acabou sendo um dos principais fundamentos para que o afastamento do Presidente da República, anteriormente previsto para ocorrer quando do término do procedimento na Câmara dos Deputados, passasse a ocorrer somente após o recebimento da denúncia/acusação pelo Senado Federal, em juízo de admissibilidade.

Apresentada denúncia contra o Presidente da República por crime de responsabilidade, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de

¹⁵⁸ BARROSO, 2016, op. cit., p. 8.

processo (art. 51, I, da CF/1988). A Câmara exerce, assim, um juízo eminentemente político sobre os fatos narrados, que constitui condição para o prosseguimento da denúncia. Ao Senado compete, privativamente, processar e julgar o Presidente (art. 52, I), locução que abrange a realização de um juízo inicial de instauração ou não do processo, isto é, de recebimento ou não da denúncia autorizada pela Câmara¹⁵⁹.

Muito embora tenha-se criado grandes polêmicas sobre o momento do afastamento, ao analisar as mudanças legislativas que sobrevieram com a Constituição de 1988, o deslocamento dessa etapa para após o juízo preliminar do Senado Federal parece estar em maior sintonia com os objetivos traçados tanto pela Constituição quanto pela própria Lei n. 1.079/50.

3.2.4 Rito de *impeachment* na Câmara dos Deputados

2.1. O rito do *impeachment* perante a Câmara, previsto na Lei nº 1.079/1950, partia do pressuposto de que a tal Casa caberia, nos termos da CF/1946, pronunciar-se sobre o mérito da acusação. Em razão disso, estabeleciam-se duas deliberações pelo Plenário da Câmara: a primeira quanto à admissibilidade da denúncia e a segunda quanto à sua procedência ou não. Havia, entre elas, exigência de dilação probatória. 2.2. Essa sistemática foi, em parte, revogada pela Constituição de 1988, que, conforme indicado acima, alterou o papel institucional da Câmara no *impeachment* do Presidente da República. Conforme indicado pelo STF e efetivamente seguido no caso Collor, o Plenário da Câmara deve deliberar uma única vez, por maioria qualificada de seus integrantes, sem necessitar, porém, desincumbir-se de grande ônus probatório. Afinal, compete a esta Casa Legislativa apenas autorizar ou não a instauração do processo (condição de procedibilidade). 2.3. A ampla defesa do acusado

¹⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016, p. 3.

no rito da Câmara dos Deputados deve ser exercida no prazo de dez sessões (RI/CD, art. 218, § 4º), tal como decidido pelo STF no caso Collor (MS 21.564)¹⁶⁰.

O julgamento da ADPF n. 378 deixou claro o modo de processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, eliminando boa parte das lacunas ainda existente de 1992. Considerando que o processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello ocorreu de maneira bastante célere, e sem grandes oposições dentro do Congresso Nacional, muitas das etapas do julgamento dos crimes de responsabilidade ainda precisaram ser melhor resolvidas quando do ocorrido com a presidente Dilma Rousseff, trazendo mais clareza ao instituto.

3.2.5 Rito de *impeachment* no Senado Federal

3.1. Por outro lado, há de se estender o rito relativamente abreviado da Lei nº 1.079/1950 para julgamento do *impeachment* pelo Senado, incorporando-se a ele uma etapa inicial de instauração ou não do processo, bem como uma etapa de pronúncia ou não do denunciado, tal como se fez em 1992. Estas são etapas essenciais ao exercício, pleno e pautado pelo devido processo legal, da competência do Senado de processar e julgar o Presidente da República. 3.2. Diante da ausência de regras específicas acerca dessas etapas iniciais do rito no Senado, deve-se seguir a mesma solução jurídica encontrada pelo STF no caso Collor, qual seja, a aplicação das regras da Lei nº 1.079/1950 relativas a denúncias por crime de responsabilidade contra Ministros do STF ou contra o PGR (também processados e julgados exclusivamente pelo Senado). 3.3. Conclui-se, assim, que a instauração do processo pelo Senado se dá por deliberação da maioria simples de seus membros, a partir de parecer elaborado por Comissão Especial, sendo improcedentes as pretensões do autor da ADPF de (i) possibilitar à própria Mesa do Senado, por decisão irrecorrível, rejeitar sumariamente a denúncia; e (ii) aplicar o

¹⁶⁰ Ibidem, p. 4.

quórum de 2/3, exigível para o julgamento final pela Casa Legislativa, a esta etapa inicial do processamento¹⁶¹.

Diante das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 378, em especial quanto ao processo e julgamento, percebe-se a intenção do STF em prestigiar a segurança jurídica e manter os procedimentos do caso Fernando Collor de Mello, tanto quanto possível. Certamente, parece ter sido uma escolha acertada, uma vez que por se tratar de um instituto demasiadamente controvertido e com enorme impacto na sociedade, como dito por Luís Roberto Barroso, o mais importante era conservar “as regras do jogo”, garantindo a segurança jurídica.

3.2.6 Fatiamento do *impeachment*

Muito embora os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal durante o caso de Dilma Rousseff tenham privilegiado a segurança jurídica e a manutenção dos procedimentos adotados no processo de *impeachment* de Fernando Collor de Mello, uma conduta ainda não apreciada pelo Poder Judiciário destoou do entendimento pacificado do Supremo. Trata-se do que se batizou como “fatiamento” do *impeachment*, que autorizou duas votações distintas, uma para determinar a sanção de perda imediata do cargo de Presidente da República e outra para a inabilitação para o exercício da função pública, pelo período de oito anos.

Em razão da renúncia de Fernando Collor, durante o processo de *impeachment*, o Supremo Tribunal Federal discutiu a natureza das duas sanções previstas na Constituição Federal¹⁶². Naquela oportunidade, houve intensos embates sobre a possibilidade de condenação na inabilitação para o exercício da função pública caso o Presidente da República já tivesse renunciado ao cargo, em razão de um suposto caráter acessório dessa sanção. O julgamento terminou empatado quanto à matéria, tendo sido convocados ministros do Superior Tribunal de Justiça para, ao final, denegar a segurança pleiteada por Fernando Collor.

¹⁶¹ Ibidem, p. 4-5.

¹⁶² Conforme o par. único do art. 52 da Constituição Federal: [...] limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

De todo modo, os defensores de ambas as teses convergiam quanto a impossibilidade de aplicar somente uma das sanções previstas na Constituição, uma vez que mesmo aqueles que arguíam pela extinção do processo de *impeachment* após a renúncia do Presidente da República, o faziam justamente em razão da indissociabilidade das sanções.

O ministro Carlos Velloso, relator do acórdão do Mandado de Segurança n. 21.689/DF, destacava a preposição “com” para a compreensão da matéria:

A preposição com, utilizada no parág. único do art. 52, acima transcrito, ao contrário do conectivo e, do § 3º, do art. 33, da CF/1891, não autoriza a interpretação no sentido de que se tem, apenas, enumeração das penas que poderiam ser aplicadas. Implica, sim, a interpretação no sentido de que ambas as penas deverão ser aplicadas. É que a preposição com opõe-se à preposição sem. [...] No sistema atual, entretanto, isto não é mais possível: ambas as penas deverão ser aplicadas em razão da condenação. Que condenação? A condenação em qualquer dos crimes de responsabilidade que deram causa à instauração do processo de impeachment¹⁶³. (Voto Carlos Velloso, p. 48-49)

De igual forma, o ministro Celso de Mello, que divergiu de Carlos Velloso quanto ao mérito do Mandado de Segurança, também ressaltou a unidade da sanção prevista:

Na interpretação do art. 52, parágrafo único, da Carta Política – cuja aplicabilidade só se justifica estando ainda o Presidente da República no desempenho de seu mandato -, não vislumbro a existência de sanções político-jurídicas de caráter autônomo. Entendo que, ao contrário, há uma única sanção constitucionalmente estabelecida: a de desqualificação funcional, que compreende, na abrangência do seu conteúdo, a destituição do cargo com a inabilitação temporário. A unidade constitucional da sanção prevista torna-a indecomponível, incindível, impedindo, dessa

¹⁶³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995, p. 48-49.

forma, que se dispense tratamento jurídico autônomo às projeções punitivas que dimanam da condenação senatorial¹⁶⁴.

No mesmo sentido, seguiram-se as manifestações dos ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti:

Ao contrário. No sistema da L. 1.079, o art. 33, embora hoje revogado, servia – quando cotejado com os arts. 23º e 24º da lei da Primeira República –, para enfatizar a diferença: no direito vigente, o que faz o Senado é absolver ou condenar; condenado, o acusado, ipso facto – desde quando, com a Carta de 1967, também o prazo de interdição se tornou fixo – a cominação de ambas as penas incide, sem que a uma se possa qualificar de principal e à outra, de acessória¹⁶⁵.

Os mesmos valores, que estão assim a justificar o afastamento, motivam a interdição temporária do acesso à funções públicas de quem, por essa via do “impeachment”, foi responsabilizado. Não teria sentido, efetivamente, que os tão graves motivos, previstos na Constituição e na lei de regência dos crimes de responsabilidade, para o afastamento, não fossem, também, as razões a basear a inabilitação para o exercício de funções públicas¹⁶⁶.

Quer se considere a perda do cargo com inabilitação para o exercício da função pública como pena única a que se atrela um efeito da sentença condenatória, ou como duas penas, em que a primeira é a principal e a segunda é a acessória, o que me parece manifesto, Sr. Presidente, é que elas não podem ser autônomas, pois, além de a preposição com indicar acompanhamento (e não há acompanhante sem

¹⁶⁴ MELLO, Celso de. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**, op. cit., p. 16-17.

¹⁶⁵ SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**, op. cit., p. 9.

¹⁶⁶ SILVEIRA, José Néri da. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**, op. cit., p. 14.

acompanhado), teriam de vir ligadas pela disjuntiva ou, e nesse caso uma poderia ser aplicada sem que a outra o fosse, ou seja, poder-se-ia manter o Presidente no cargo, inabilitando-o, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública, o que, evidentemente, seria um dispautério¹⁶⁷.

A Constituição diz “com”, e, quando usa essa preposição, quer estabelecer, ou a cominação das duas penas, ou a de nenhuma. Não uma pena sem a outra, como pretendem a nobre autoridade coatora e os nobres litisconsortes passivos, e seria, penso eu, a inversão do sentido do texto constitucional. Em outras palavras, a Constituição estabelece a unidade e a incidibilidade da apenação, para usar as expressões do eminente Ministro Celso de Mello¹⁶⁸.

Desta forma, vislumbra-se que a autorização pelo ministro Ricardo Lewandowski de que houvessem duas votações distintas no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff destoa do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Fernando Collor. Há questionamento da matéria por meio do Mandado de Segurança n. 34.418/DF, cuja liminar restou indeferida pela ministra Rosa Weber, e que se encontra pendente de julgamento.

¹⁶⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**, op. cit., p. 11.

¹⁶⁸ GALLOTTI, Octavio. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**, op. cit., p. 1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os estudos apresentados, destaca-se inicialmente que o fenômeno da judicialização da política, como mencionada por Ran Hirschl, apresenta-se de maneira visível na relação entre os Poderes do Estado no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio do controle concentrado de constitucionalidade, se envolveu em questões das mais diversas naturezas ao longo das últimas décadas, ocupando um espaço que anteriormente era reservado ao Executivo e ao Legislativo.

Em algumas ocasiões, o STF atuou como um instrumento para legitimar as escolhas anteriormente realizadas pelos demais Poderes do Estado, como no caso das ações afirmativas e das pesquisas científicas com o uso de células-tronco. Entretanto, o Supremo também exerceu a função de tomar decisões políticas necessárias, mas que poderiam causar danos ao capital político daqueles que exerciam mandatos eletivos, como ocorreu no reconhecimento da união homoafetiva.

Sob a ampla justificativa de realizar uma interpretação conforme à constituição, a letra da lei se tornou mero acessório na decisão judicial, sendo frequentemente questionada perante o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo em controle difuso de constitucionalidade. Com isso, o Poder Legislativo, que já havia permitido uma ascensão do Judiciário ao deixar de legislar sobre temas importantes, em detrimento de regulamentações de questionável relevância social, perde ainda mais influência política no sistema de distribuição de Poderes do Estado.

Nesse contexto, o processo de *impeachment* relaciona-se de modo intrínseco com a separação e harmonia entre os Poderes do Estado. Esse instituto, que durante décadas permaneceu como uma letra morta dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se o centro de discussões que transcenderam os bancos da academia. Sob a perspectiva histórica, ainda que exista forte corrente doutrinária oposta, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade concernem mais à seara política do que ao âmbito criminal, seja em razão da abertura interpretativa das infrações apresentadas na legislação específica, seja em virtude de seus julgadores, eminentemente políticos e sem vinculação jurídica.

Se a Constituição Federal estabelecesse um julgamento puramente jurídico dos crimes de responsabilidade, teria determinado a competência do Supremo Tribunal Federal para julgá-los e não do Senado Federal.

Sendo assim, como determinado pelo STF durante os julgamentos dos casos Fernando Collor de Mello e Dilma Vana Rousseff, ao Judiciário cabe resguardar as regras do jogo, garantindo os direitos constitucionais

da ampla defesa e do contraditório, sem adentrar ao mérito das decisões substanciais tomadas pelo Poder Legislativo no processo.

Contudo, o instituto político-jurídico aparentemente havia sido planejado em um sistema bipartidário, no qual a maioria de dois terços de ambas as casas legislativas de um sistema bicameral seria dificilmente alcançada. Todavia, as transformações políticas enfrentadas pelo Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, fizeram com que esse improvável cenário ocorresse duas vezes em um período de menos de trinta anos. O que em um sistema bipartidário pareceria praticamente impossível, em um sistema de multipartidarismo com grande crescimento de legendas e uma fragmentação política acentuada, acabou se tornando um instrumento de controle do Chefe do Executivo.

Em outro estudo, certamente seria relevante avaliar a pertinência da manutenção do *impeachment* em uma Reforma Política, levando em conta os diversos fatores que lhe são pertinentes.

Finalmente, apresenta-se como evidente a necessidade de revisão da legislação ordinária que regulamenta os crimes de responsabilidade. O Supremo Tribunal Federal, no contexto apresentado, realizou um intenso controle de constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, Lei n. 1.079/50, o que demonstra a ausência do Poder Legislativo na definição prévia das regras do jogo, uma de suas competências essenciais.

Entretanto, assim como ocorre na realização de uma Reforma Política, existe uma dependência do próprio Poder Legislativo para que essas transformações possam realmente acontecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. A função política do judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 587-607.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15 – jan/jun 2012, p. 59-86.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Constituição, direito e política: o Supremo Tribunal Federal e os poderes da República. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270 – set/dez 2015, p. 377-391.

_____. Impeachment – Crime de Responsabilidade – Exoneração do Cargo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212 – abr/jun 1998, p. 161-174.

_____. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 21 – jan/jun 2015, p. 223-256.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17 – n. 2 – mai/ago 2012, p. 206-220.

CAIRD, Jack Simson. Briefing Paper Number CBP7612, 6 June 2016 – Impeachment. **Commons Library Briefing**. Londres: House of Commons Library, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 929-939.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Capítulo 3: Controle Judicial. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado**. São Paulo: RT, 2014.

COELHO, Inocência Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Revista Direito Público**, Brasília, n. 12 – abr/jun 2006, p. 48-73.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 717-730.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de Politique Constitutionnelle**. Paris: Slatkine, 1982.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Impeachment no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição, 1787.

FACHIN, Edson. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271 – jan/abr 2016, p. 319-343.

_____. Considerações sobre a origem e a natureza jurídica do impeachment. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, n. 173 – abr/jun 2005, p. 19-68.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Presidente da República – Crimes de Responsabilidade – Impeachment. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189 – jul/set 1992, p. 375-396.

FRANÇA. Carta Constitucional, 1814.

FUX, Luiz. Antecipado ao Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. **Crimes de Responsabilidade do Impeachment**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2010.

GREENE, Jamal. Giving the Constitution to the Courts. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 117, n., 5, p. 886- 919.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol. 1. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez

Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251 – mai/ago 2009, p. 139-178.

JACKSON, Vicki C. (Org.); TUSHNET, Mark (Org.). **Comparative Constitutional Law**. New York: Foundation Press, 1999.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 1025-1048.

LACERDA, Paulo. **Princípios de Direito Constitucional Brasileiro**, v. II. Rio de Janeiro: Azevedo, 1929.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Os efeitos da renúncia no impeachment. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 76 – nov/dez 2012, p. 167-176.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 124, n. 3, p. 658-746.

LEVINSON, Daryl; SACHS, Benjamin I. Political Entrenchment and Public Law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 125, n. 2, p. 400-482.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257 – mai/ago 2011, p. 57-72.

MARCONATTO, Cristiano Cuozzo; FORTES, Francielli Silveira. Democracia, constitucionalismo e participação cidadã: a atividade jurisdicional na concentração dos direitos fundamentais. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.); LEAL, Mônia Clarissa Heninng (Org.). **Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas**. Curitiba: Multideia, 2012, p. 225-238.

MARQUES, José Frederico. Do poder judiciário nas constituições europeias de após-guerra. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito**

Constitucional, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 817-844.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 18 – jul/dez 2011, p. 23-38.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos poderes executivo e legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 234 – out/dez 2003, p. 231-259.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso de. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

_____. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

MOURA, Emerson Affonso da Costa Moura. Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: a garantia dos Pressupostos Essenciais ao Processo Democrático pelas Cortes Constitucionais. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 59 – set/out 2014, p. 9-26.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GALLOTTI, Octavio. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. Infração (crime) de responsabilidade e impeachment. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 95 – abr/jun 2016, p. 61-80.

SAMPAIO, Néelson de Sousa. As constituições e a independência do poder judiciário. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís

Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 941-948.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

SILVEIRA, José Néri da. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

SIQUEIRA, Galdino. O impeachment no regimen constitucional brasileiro. **Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal**, v. 27 – jan/mar 1913, p. 225-250.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR / TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, n. 2 – dez 2014, p. 27-41.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

_____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/04/2012. DJe: 20/10/2014.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em: 05/05/2011. DJe: 14/10/2011.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 10/06/2015. DJe: 01/02/2016.

_____. **Mandado de Segurança n. 20.941/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 09/02/1990. DJ: 31/08/1992.

_____. **Mandado de Segurança n. 21.564/DF**. Min. Rel. Carlos Velloso. Julgamento: 23/09/199. DJ: 27/08/1993.

_____. **Mandado de Segurança n. 21.623/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 17/12/1992. DJ: 28/05/1993.

_____. **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 16/12/93. DJ: 07/04/1995.

_____. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.418/DF**. Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento: 16/09/2016. DJe: 20/09/2016.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 7 – jan/jul 2006, p. 231-253.

RIBAS, Carolline Leal. CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268 – jan/abr 2015, p. 83-116.

TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242 – out/dez 2005, p. 63-73.

TAVARES, André Ramos. A vocação contemporânea para a constitucionalização do direito: alguns aspectos da constituição como suporte interpretativo das leis e códigos – o caso da interpretação conforme a constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 7 – Jan/Jul 2006, p. 196-204.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15 – jan/jun 2012, 37-58.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Org.); BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito**

Constitucional, v. 4 Organização dos Poderes da República, São Paulo: RT, 2011, p. 731-771.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Voto. In: **Mandado de Segurança n. 21.689/DF**. Julgamento: 16/12/1993. DJ: 07/04/1995.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? **Boston College Law Review**, Boston, v. 54, n. 2, p. 433-468.

WEBER, Rosa. Voto. In: **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378/DF**. Julgamento: 17/12/2015. DJe: 08/03/2016.

ZAVASCKI, Teori. Voto. In: Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.371/DF, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento: 08/09/2016. DJe: 09/09/2016.

ANEXOS

I – LEI N. 1.079/50



**Presidência da
República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos
Jurídicos**

LEI Nº 1.079, DE 10 DE ABRIL DE 1950.

Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

PARTE PRIMEIRA

Do Presidente da República e Ministros de Estado

Art. 1º São crimes de responsabilidade os que esta lei especifica.

Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Art. 3º A imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União:

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:

IV - A segurança interna do país:

V - A probidade na administração;

VI - A lei orçamentária;

VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciais (Constituição, artigo 89).

TÍTULO I

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A EXISTÊNCIA DA UNIÃO

Art. 5º São crimes de responsabilidade contra a existência política da União:

1 - entreter, direta ou indiretamente, inteligência com governo estrangeiro, provocando-o a fazer guerra ou cometer hostilidade contra a República, prometer-lhe assistência ou favor, ou dar-lhe qualquer auxílio nos preparativos ou planos de guerra contra a República;

2 - tentar, diretamente e por fatos, submeter a União ou algum dos Estados ou Territórios a domínio estrangeiro, ou dela separar qualquer Estado ou porção do território nacional;

3 - cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, ou comprometendo-lhe a neutralidade;

4 - revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação;

5 - auxiliar, por qualquer modo, nação inimiga a fazer a guerra ou a cometer hostilidade contra a República;

6 - celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação;

7 - violar a imunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros acreditados no país;

8 - declarar a guerra, salvo os casos de invasão ou agressão estrangeira, ou fazer a paz, sem autorização do Congresso Nacional.

9 - não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor;

10 - permitir o Presidente da República, durante as sessões legislativas e sem autorização do Congresso Nacional, que forças estrangeiras transitem pelo território do país, ou, por motivo de guerra, nele permaneçam temporariamente;

11 - violar tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCÍCIO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS

Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados:

1 - tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras;

2 - usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagí-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção;

3 - violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas dos Estados, da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e das Câmaras Municipais;

4 - permitir que força estrangeira transite pelo território do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional;

5 - opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças;

6 - usar de violência ou ameaça, para constranger juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício;

7 - praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo;

8 - intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS, INDIVIDUAIS E SOCIAIS

Art. 7º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:

1 - impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto;

2 - obstar ao livre exercício das funções dos mesários eleitorais;

3 - violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirar de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material;

4 - utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral;

5 - servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua;

6 - subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social;

7 - incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina;

8 - provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis;

9 - violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do [art. 141](#) e bem assim os direitos sociais assegurados no [artigo 157 da Constituição](#);

10 - tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERNA DO PAÍS

Art. 8º São crimes contra a segurança interna do país:

- 1 - tentar mudar por violência a forma de governo da República;
- 2 - tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município;
- 3 - decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa;
- 4 - praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal;
- 5 - não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes;
- 6 - ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional;
- 7 - permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública;
- 8 - deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento.

CAPÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA A PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a proibidade na administração:

- 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

3 - não tomar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;

5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;

7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo.

CAPÍTULO VI

DOS CRIMES CONTRA A LEI ORÇAMENTÁRIA

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;

2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;

3 - Realizar o estorno de verbas;

4 - Infringir , patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.

5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na

de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

CAPÍTULO VII

DOS CRIMES CONTRA A GUARDA E LEGAL EMPREGO DOS DINHEIROS PÚBLICOS:

Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

1 - ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observânciadas prescrições legais relativas às mesmas;

2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;

4 - alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal;

5 - negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

CAPÍTULO VIII

DOS CRIMES CONTRA O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIÁRIAS;

Art. 12. São crimes contra o cumprimento das decisões judiciárias:

1 - impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário;

2 - Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo;

3 - deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral;

4 - Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

TÍTULO II

DOS MINISTROS DE ESTADO

Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado;

1 - os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados;

2 - os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem;

3 - A falta de comparecimento sem justificção, perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra casa do Congresso os convocar para pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado;

4 - Não prestarem dentro em trinta dias e sem motivo justo, a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, as informações que ela lhes solicitar por escrito, ou prestarem-nas com falsidade.

PARTE SEGUNDA

PROCESSO E JULGAMENTO

TÍTULO ÚNICO

DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E MINISTROS DE ESTADO

CAPÍTULO I

DA DENÚNCIA

Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Art. 16. A denúncia assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados, nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco no mínimo.

Art. 17. No processo de crime de responsabilidade, servirá de escrivão um funcionário da Secretaria da Câmara dos Deputados, ou do Senado, conforme se achar o mesmo em uma ou outra casa do Congresso Nacional.

Art. 18. As testemunhas arroladas no processo deverão comparecer para prestar o seu depoimento, e a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado por ordem de quem serão notificadas, tomará as providências legais que se tornarem necessárias legais que se tornarem necessárias para compeli-las a obediência.

CAPÍTULO II

DA ACUSAÇÃO

Art. 19. Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma.

Art. 20. A comissão a que alude o artigo anterior se reunirá dentro de 48 horas e, depois de eleger seu Presidente e relator, emitirá parecer, dentro do prazo de dez dias, sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias ao esclarecimento da denúncia.

§ 1º O parecer da comissão especial será lido no expediente da sessão da Câmara dos Deputados e publicado integralmente no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, juntamente com a denúncia, devendo as publicações ser distribuídas a todos os deputados.

§ 2º Quarenta e oito horas após a publicação oficial do parecer da Comissão especial, será o mesmo incluído, em primeiro lugar, na ordem do dia da Câmara dos Deputados, para uma discussão única.

Art. 21. Cinco representantes de cada partido poderão falar, durante uma hora, sobre o parecer, ressalvado ao relator da comissão especial o direito de responder a cada um.

Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruem, arquivada, se não for considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado.

§ 1º Findo esse prazo e com ou sem a contestação, a comissão especial determinará as diligências requeridas, ou que julgar convenientes, e realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento das testemunhas de ambas as partes, podendo ouvir o denunciante e o denunciado, que poderá assistir pessoalmente, ou por seu procurador, a todas as audiências e diligências realizadas pela comissão, interrogando e contestando as testemunhas e requerendo a reinquirição ou acareação das mesmas.

§ 2º Findas essas diligências, a comissão especial proferirá, no prazo de dez dias, parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia.

§ 3º Publicado e distribuído esse parecer na forma do § 1º do art. 20, será o mesmo, incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra.

§ 4º Nas discussões do parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora, ficando as questões de ordem subordinadas ao disposto no § 2º do art. 20.

Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação.

§ 1º Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados.

§ 2º Decretada a acusação, será o denunciado intimado imediatamente pela Mesa da Câmara dos Deputados, por intermédio do 1º Secretário.

§ 3º Se o denunciado estiver ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pela Mesa da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que êle se encontrar.

§ 4º A Câmara dos Deputados elegerá uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado.

§ 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.

§ 6º Conforme se trate da acusação de crime comum ou de responsabilidade, o processo será enviado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Senado Federal.

CAPÍTULO III

DO JULGAMENTO

Art. 24. Recebido no Senado o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, remeterá o Presidente cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 23, será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado.

Parágrafo único. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal enviar-se-á o processo em original, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

Art. 25. O acusado comparecerá, por si ou pêlos seus advogados, podendo, ainda, oferecer novos meios de prova.

Art. 26. No caso de revelia, marcará o Presidente novo dia para o julgamento e nomeará para a defesa do acusado um advogado, a quem se facultará o exame de todas as peças de acusação.

Art. 27. No dia aprazado para o julgamento, presentes o acusado, seus advogados, ou o defensor nomeado a sua revelia, e a comissão acusadora, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, abrindo a sessão, mandará ler o processo preparatório o libelo e os artigos de defesa; em seguida inquirirá as testemunhas, que deverão depor publicamente e fora da presença umas das outras.

Art. 28. Qualquer membro da Comissão acusadora ou do Senado, e bem assim o acusado ou seus advogados, poderão requerer que se façam às testemunhas perguntas que julgarem necessárias.

Parágrafo único. A Comissão acusadora, ou o acusado ou seus advogados, poderão contestar ou argüir as testemunhas sem contudo interrompê-las e requerer a acareação.

Art. 29. Realizar-se-á a seguir o debate verbal entre a comissão acusadora e o acusado ou os seus advogados pelo prazo que o Presidente fixar e que não poderá exceder de duas horas.

Art. 30. Findos os debates orais e retiradas as partes, abrir-se-á discussão sobre o objeto da acusação.

Art. 31. Encerrada a discussão o Presidente do Supremo Tribunal Federal fará relatório resumido da denúncia e das provas da acusação e da defesa e submeterá a votação nominal dos senadores o julgamento.

Art. 32. Se o julgamento for absolutório produzirá desde logo, todos os efeitos a favor do acusado.

Art. 33. No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o

Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado.

Art. 34. Proferida a sentença condenatória, o acusado estará, ipso facto destituído do cargo.

Art. 35. A resolução do Senado constará de sentença que será lavrada, nos autos do processo, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, assinada pelos senadores que funcionarem como juizes, transcrita na ata da sessão e, dentro desta, publicada no Diário Oficial e no Diário do Congresso Nacional.

Art. 36. Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do Presidente da República ou dos Ministros de Estado, o deputado ou senador;

a) que tiver parentesco consanguíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhado, e os primos co-irmãos;

b) que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria.

Art. 37. O congresso Nacional deverá ser convocado, extraordinariamente, pelo terço de uma de suas câmaras, caso a sessão legislativa se encerre sem que se tenha ultimado o julgamento do Presidente da República ou de Ministro de Estado, bem como no caso de ser necessário o início imediato do processo.

Art. 38. No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o [Código de Processo Penal](#).

PARTE TERCEIRA

TÍTULO I

CAPÍTULO I

DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;

2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;

3 - exercer atividade político-partidária;

4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;

5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de .2000\)](#)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de .2000\)](#)

CAPÍTULO II

DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

Art. 40. São crimes de responsabilidade do Procurador Geral da República:

1 - emitir parecer, quando, por lei, seja suspeito na causa;

2 - recusar-se a prática de ato que lhe incumba;

3 - ser patentemente desidioso no cumprimento de suas atribuições;

4 - proceder de modo incompatível com a dignidade e o decôro do cargo.

Art. 40-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Procurador-Geral da República, ou de seu substituto quando no exercício da chefia do Ministério Público da União, as condutas previstas no art. 10 desta

Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se: [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

I – ao Advogado-Geral da União; [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

II – aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

TÍTULO II

DO PROCESSO E JULGAMENTO

CAPÍTULO I

DA DENÚNCIA

Art. 41. É permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pêlos crimes de responsabilidade que cometerem (artigos 39 e 40).

Art. 41-A. Respeitada a prerrogativa de foro que assiste às autoridades a que se referem o parágrafo único do art. 39-A e o inciso II do parágrafo único do art. 40-A, as ações penais contra elas ajuizadas pela prática dos crimes de responsabilidade previstos no art. 10 desta Lei serão processadas e julgadas de acordo com o rito instituído pela [Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990](#), permitido, a todo cidadão, o oferecimento da denúncia. [\(Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000\)](#)

Art. 42. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.

Art. 43. A denúncia, assinada pelo denunciante com a firma reconhecida deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser

encontrados. Nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

Art. 44. Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma.

Art. 45. A comissão a que alude o artigo anterior, reunir-se-á dentro de 48 horas e, depois de eleger o seu presidente e relator, emitirá parecer no prazo de 10 dias sobre se a denúncia deve ser, ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias.

Art. 46. O parecer da comissão, com a denúncia e os documentos que a instruírem, será lido no expediente de sessão do Senado, publicado no Diário do Congresso Nacional e em avulsos, que deverão ser distribuídos entre os senadores, e dado para ordem do dia da sessão seguinte.

Art. 47. O parecer será submetido a uma só discussão, e a votação nominal considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos.

Art. 48. Se o Senado resolver que a denúncia não deve constituir objeto de deliberação, serão os papéis arquivados.

Art. 49. Se a denúncia for considerada objeto de deliberação, a Mesa remeterá cópia de tudo ao denunciado, para responder à acusação no prazo de 10 dias.

Art. 50. Se o denunciado estiver fora do Distrito Federal, a cópia lhe será entregue pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que se achar. Caso se ache fora do país ou em lugar incerto e não sabido, o que será verificado pelo 1º Secretário do Senado, a intimação farse-á por edital, publicado no Diário do Congresso Nacional, com a antecedência de 60 dias, aos quais se acrescerá, em comparecendo o denunciado, o prazo do art. 49.

Art. 51. Findo o prazo para a resposta do denunciado, seja esta recebida, ou não, a comissão dará parecer, dentro de dez dias, sobre a procedência ou improcedência da acusação.

Art. 52. Perante a comissão, o denunciante e o denunciado poderão comparecer pessoalmente ou por procurador, assistir a todos os atos e diligências por ela praticados, inquirir, reinquirir, contestar testemunhas e requerer a sua acareação. Para esse efeito, a comissão dará aos interessados

conhecimento das suas reuniões e das diligências a que deva proceder, com a indicação de lugar, dia e hora.

Art. 53. Findas as diligências, a comissão emitirá sobre o seu parecer, que será publicado e distribuído, com todas as peças que o instruírem e dado para ordem do dia 48 horas, no mínimo, depois da distribuição.

Art. 54. Esse parecer terá uma só discussão e considerar-se-á aprovado se, em votação nominal, reunir a maioria simples dos votos.

Art. 55. Se o Senado entender que não procede a acusação, serão os papéis arquivados. Caso decida o contrário, a Mesa dará imediato conhecimento dessa decisão ao Supremo Tribunal Federal, ao Presidente da República, ao denunciante e ao denunciado.

Art. 56. Se o denunciado não estiver no Distrito Federal, a decisão ser-lhe-á comunicada a requisição da Mesa, pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado onde se achar. Se estiver fora do país ou em lugar incerto e não sabido, o que será verificado pelo 1º Secretário do Senado, far-se-á a intimação mediante edital pelo *Diário do Congresso Nacional*, com a antecedência de 60 dias.

Art. 57. A decisão produzirá desde a data da sua intimação os seguintes efeitos, contra o denunciado:

- a) ficar suspenso do exercício das suas funções até sentença final;
- b) ficar sujeito a acusação criminal;
- c) perder, até sentença final, um terço dos vencimentos, que lhe será pago no caso de absolvição.

CAPÍTULO II

DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA

Art. 58. Intimado o denunciante ou o seu procurador da decisão a que aludem os três últimos artigos, ser-lhe-á dada vista do processo, na Secretaria do Senado, para, dentro de 48 horas, oferecer o libelo acusatório e o rol das testemunhas. Em seguida abrir-se-á vista ao denunciado ou ao seu defensor, pelo mesmo prazo para oferecer a contrariedade e o rol das testemunhas.

Art. 59. Decorridos esses prazos, com o libelo e a contrariedade ou sem eles, serão os autos remetidos, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ao seu substituto legal, quando seja ele o denunciado, comunicando-se-lhe o dia designado para o julgamento e convidando-o para presidir a sessão.

Art. 60. O denunciante e o acusado serão notificados pela forma estabelecida no art. 56. para assistirem ao julgamento, devendo as testemunhas ser, por um magistrado, intimadas a comparecer a requisição da Mesa.

Parágrafo único. Entre a notificação e o julgamento deverá mediar o prazo mínimo de 10 dias.

Art. 61. No dia e hora marcados para o julgamento, o Senado reunir-se-á, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do seu substituto legal. Verificada a presença de número legal de senadores, será aberta a sessão e feita a chamada das partes, acusador e acusado, que poderão comparecer pessoalmente ou pelos seus procuradores.

Art. 62. A revelia do acusador não importará transferência do julgamento, nem perempção da acusação.

§ 1º A revelia do acusado determinará o adiamento de julgamento, para o qual o Presidente designará novo dia, nomeando um advogado para defender o revel.

§ 2º Ao defensor nomeado será, facultado o exame de tôdas as peças do processo.

Art. 63. No dia definitivamente apazado para o julgamento, verificado o número legal de senadores será aberta a sessão e facultado o ingresso às partes ou aos seus procuradores. Serão juizes todos os senadores presentes, com exceção dos impedidos nos termos do art. 36.

Parágrafo único. O impedimento poderá ser oposto pelo acusador ou pelo acusado e invocado por qualquer senador.

Art. 64. Constituído o Senado em Tribunal de julgamento, o Presidente mandará ler o processo e, em seguida, inquirirá publicamente as testemunhas, fora da presença umas das outras.

Art. 65. O acusador e o acusado, ou os seus procuradores, poderão reinquirir as testemunhas, contestá-las sem interrompê-las e requerer a sua acareação sejam feitas as perguntas que julgar necessárias.

Art. 66. Finda a inquirição, haverá debate oral, facultadas a réplica e a tréplica entre o acusador e o acusado, pelo prazo que o Presidente determinar,

Parágrafo único. Ultimado o debate, retirar-se-ão partes do recinto da sessão e abrir-se-á uma discussão única entre os senadores sobre o objeto da acusação.

Art. 67. Encerrada a discussão, fará o Presidente um relatório resumido dos fundamentos da acusação e da defesa, bem como das respectivas provas, submetendo em seguida o caso a julgamento.

CAPÍTULO III

DA SENTENÇA

Art. 68. O julgamento será feito, em votação nominal pelos senadores desimpedidos que responderão "sim" ou "não" à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: "Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?"

Parágrafo único. Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função pública.

Art. 69. De acordo com a decisão do Senado, o Presidente lavrará nos autos, a sentença que será assinada por ele e pelos senadores, que tiverem tomado parte no julgamento, e transcrita na ata.

Art. 70. No caso de condenação, fica o acusado desde logo destituído do seu cargo. Se a sentença for absolutória, produzirá a imediata reabilitação do acusado, que voltará ao exercício do cargo, com direito à parte dos vencimentos de que tenha sido privado.

Art. 71. Da sentença, dar-se-á imediato conhecimento ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal e ao acusado.

Art. 72. Se no dia do encerramento do Congresso Nacional não estiver concluído o processo ou julgamento de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou

do Procurador Geral da República, deverá ele ser convocado extraordinariamente pelo terço do Senado Federal.

Art. 73 No processo e julgamento de Ministro do Supremo Tribunal, ou do Procurador Geral da República serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, o Regimento Interno do Senado Federal e o Código de Processo Penal.

PARTE QUARTA

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO I

DOS GOVERNADORES E SECRETÁRIOS DOS ESTADOS

Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei.

CAPÍTULO II

DA DENÚNCIA, ACUSAÇÃO E JULGAMENTO

Art. 75. É permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembléia Legislativa, por crime de responsabilidade.

Art. 76. A denúncia assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los com a indicação do local em que possam ser encontrados. Nos crimes de que houver prova testemunhal, conterão rol das testemunhas, em número de cinco pelo menos.

Parágrafo único. Não será recebida a denúncia depois que o Governador, por qualquer motivo, houver deixado definitivamente o cargo.

Art. 77. Apresentada a denúncia e julgada objeto de deliberação, se a Assembléia Legislativa por maioria absoluta, decretar a procedência da acusação, será o Governador imediatamente suspenso de suas funções.

Art. 78. O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado e não poderá ser condenado,

senão à perda do cargo, com inabilitação até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum.

§ 1º Quando o tribunal de julgamento fôr de jurisdição mista, serão iguais, pelo número, os representantes dos órgãos que o integrarem, excluído o Presidente, que será o Presidente do Tribunal de Justiça.

§ 2º Em qualquer hipótese, só poderá ser decretada a condenação pelo voto de dois têços dos membros de que se compuser o tribunal de julgamento.

§ 3º Nos Estados, onde as Constituições não determinarem o processo nos crimes de responsabilidade dos Governadores, aplicar-se-á o disposto nesta lei, devendo, porém, o julgamento ser proferido por um tribunal composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate. A escolha desse Tribunal será feita - a dos membros do legislativo, mediante eleição pela Assembléia: a dos desembargadores, mediante sorteio.

§ 4º Êsses atos deverão ser executados dentro em cinco dias contados da data em que a Assembléia enviar ao Presidente do Tribunal de Justiça os autos do processo, depois de decretada a procedência da acusação.

Art. 79. No processo e julgamento do Governador serão subsidiários desta lei naquilo em que lhe forem aplicáveis, assim o regimento interno da Assembléia Legislativa e do Tribunal de Justiça, como o Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Os Secretários de Estado, nos crimes conexos com os dos governadores, serão sujeitos ao mesmo processo e julgamento.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 80. Nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, a Câmara dos Deputados é tribunal de pronuncia e o Senado Federal, tribunal de julgamento; nos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronuncia e julgamento.

Parágrafo único. O Senado Federal, na apuração e julgamento dos crimes de responsabilidade funciona sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal, e só proferirá sentença condenatória pelo voto de dois terços dos seus membros.

Art. 81 A declaração de procedência da acusação nos crimes de responsabilidade só poderá ser decretada pela maioria absoluta da Câmara que a preferir.

Art. 82. Não poderá exceder de cento e vinte dias, contados da data da declaração da procedência da acusação, o prazo para o processo e julgamento dos crimes definidos nesta lei.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950; 129º da Independência e 62º da República.

EURICO GASPAR DUTRA

Honório Monteiro

Sylvic de Noronha

Canrobert P. da Costa

Raul Fernandes

Guilherme da Silveira

João Valdetaro de Amorim e Mello

Daniel de Carvalho

Clemente Mariani

Armando Trompowsky

Este texto não substitui o publicado no DOU de 12.4.1950

*