

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Matheus Felipe De Castro, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-070-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos
políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

Em um momento de grave crise política e com uma reforma do sistema eleitoral brasileiro em curso, realizamos o Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade Federal de Sergipe, cidade de Aracaju, colaborando para o debate e o amadurecimento de alternativas concretas para o aperfeiçoamento da democracia representativa e sua revitalização com instrumentos de participação efetiva.

Os trabalhos apresentados, no seu conjunto, refletem profundo senso crítico, mas ao mesmo tempo prático, por parte dos pesquisadores e pesquisadoras que participaram do evento e cobrem desde questões de ordem mais técnica quanto de cunho político mais geral. A leitura desses trabalhos é uma excelente oportunidade para conhecer o tipo de pesquisa que vem sendo desenvolvida na área nos mais diversos centros de pesquisa do país. Boa leitura!

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Professor Dr. Matheus Felipe de Castro

A CASSAÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDATOS PARLAMENTARES DIANTE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

THE AUTOMATIC FORFEITURE OF PARLIAMENTARY SEATS ON THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS.

Robson Tadeu de Castro Maciel Junior

Resumo

O processo do mensalão fixou um marco na história política brasileira, tendo a cassação automática dos mandatos parlamentares se transformado em uma das maiores polêmicas do caso. A opinião pública critica as prerrogativas inerentes aos cargos políticos e o debate atual, influenciado pelo neoconstitucionalismo, abre espaço para o uso de argumentos de conteúdo ideológico e filosófico, aproximando o Direito da Moral. O Poder Legislativo entende que teve sua prerrogativa constitucional de decidir sobre perda de mandatos dos seus membros usurpada pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual sugeriram discussões sobre a possibilidade de questionamentos dessa decisão, considerando a dinâmica do Estado de Direito que exige a autoridade da função jurisdicional como consequência da Separação dos Poderes. Com base no direito-função de postular pela preservação das prerrogativas constitucionais, indaga-se se a Câmara dos Deputados poderia impetrar Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal para resguardar suas prerrogativas. Além disso, impõe-se a necessidade de maior participação popular acerca do exercício do poder.

Palavras-chave: Mandato parlamentar, Cassação, Separação de poderes, Direitos políticos, Neoconstitucionalismo.

Abstract/Resumen/Résumé

The process of mensalão set a milestone in Brazilian political history, and the automatic forfeiture of the parliamentary seats turned into one of the biggest controversies of the case. Public opinion criticizes the prerogatives inherent in political office and current debate, influenced by neoconstitutionalism, open space for the use of arguments of philosophical and ideological content, approaching the Moral Law. The Legislature believes that had his constitutional prerogative to decide on loss of mandates of its members usurped by the Supreme Court, why suggest discussions about the possibility of questioning that decision, considering the dynamics of the rule of law requires that the authority of the function court as a result of the Separation of Powers. Based on the right-function postulate the preservation of constitutional prerogatives, the House of Representatives can implore Injunction Action Rescissory or judge before the Supreme Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Parliamentary mandate, Termination, Separation of powers, Political rights, Neoconstitutionalism.

1 – Introdução

A respeito da cassação automática dos mandatos parlamentares, decidida inicialmente na AP 470¹, grande parte da mídia brasileira afirmou que tudo seria diferente após o julgamento deste caso. Isso porque o Supremo Tribunal Federal avançou sobremaneira no quesito independência, demonstrando para a sociedade que é possível acreditar em punição, ao revés da sensação de impunidade que sempre reinou no Brasil.

O processo do mensalão é cinematográfico do início ao fim, seja pela imensa cobertura da grande mídia brasileira, que exibiu as sessões de julgamento ao vivo na televisão e internet, ou pelo fato do Tribunal condenar líderes do partido político que mais indicou Ministros na sua atual composição. Além desses fatos, dignos de filme de conspiração política, o processo do mensalão aproximou o Judiciário do cidadão comum, fazendo com que pessoas alheias ao mundo jurídico passassem a comentar e acompanhar as decisões da mais alta corte do país.

Dentre inúmeras polêmicas criadas pelo julgamento do mensalão, nenhuma teve o potencial de causar maior impacto no mundo político-jurídico que a decisão sobre a cassação automática dos mandatos parlamentares dos Deputados envolvidos no caso. O STF decidiu cassar automaticamente os mandatos dos Deputados condenados criminalmente, após o trânsito em julgado da AP 470.

Contudo, o réu João Paulo Cunha requereu, em Embargos Infringentes, a aplicação da mudança de entendimento tomado pelo STF na AP 565, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia e no MS 32.326, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, onde se firmou o entendimento de que não compete ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a perda do mandato parlamentar.

No julgamento dos Embargos Infringentes da AP 470, ficou consignado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso a perda do objeto do pedido formulado por João Paulo Cunha acerca da cassação automática do mandato parlamentar, vez que o réu renunciou ao mandato em 07 de fevereiro de 2014².

¹ Mensalão foi como ficou conhecido o caso envolvendo a compra de apoio parlamentar no Brasil.

² “Desde logo, observo que o réu João Paulo Cunha renunciou ao mandato de Deputado Federal, em 7 de fevereiro de 2014. Tornou-se sem objeto, portanto, a parte do seu recurso dedicada a questionar a determinação de perda automática do mandato”. Inteiro Teor do Acórdão. SUPREMO TRIBUNAL

Nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre cassação automática de mandato parlamentar conta com uma sucessão de julgamentos confusos e mal compreendidos, pois na AP 565 o STF mudou o entendimento firmado na AP 470, entendendo que não caberia ao Judiciário decidir sobre a perda automática dos mandatos parlamentares. Em seguida, no julgamento do MS 32.326, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, foi concedida liminar em decisão monocrática, para suspender deliberação da Câmara dos Deputados que não cassou deputado condenado e preso.

A discussão sobre a possibilidade de cassação dos mandatos parlamentares possui, como pano de fundo, casos de corrupção envolvendo parlamentares brasileiros. Em grande parte dos casos está presente desvio de dinheiro público para financiamento de campanhas eleitorais, tornando o atual sistema eleitoral questionável.

A decisão monocrática no MS 32.326, da lavra o Ministro Luís Roberto Barroso, criou situação inusitada, a depender do tempo e do regime da pena aplicada ao parlamentar condenado, para ocorrer ou não a perda do seu mandato de forma automática³.

Em razão da complexidade do assunto, no dia 09 de abril de 2013 o Senador Jarbas Vasconcelos apresentou a Proposta de Emenda Constitucional n.º 18/2013, no intuito de tornar automática a perda do mandato parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa ou condenação em crimes contra a administração pública, que fora aprovada pelo Senado Federal em 11 de setembro de 2013 e remetida à Câmara dos Deputados. Na Câmara dos Deputados, a PEC possui o n.º 313/2013 e conta com

FEDERAL. **Acompanhamento Processual**. AP 470 – Ação Penal (Processo Físico). Página 26 de 76. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 18:37.

³ - MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º). 1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013.

parecer de admissibilidade da Comissão de Constituição e Justiça, além de requerimento formulado no dia 03 de dezembro de 2014 para inclusão da mesma na ordem do dia, sendo certo que sua eventual aprovação poderá apaziguar a tensão.

Contudo, enquanto não aprovada a referida Proposta de Emenda Constitucional, é certo que a questão se encontra pendente de solução jurídica adequada. A discussão jurídica é instigante e envolve dispositivos constitucionais intrinsecamente ligados com valores da mais alta relevância democrática do país, uma vez que a decisão a respeito da cassação dos mandatos parlamentares está posicionada, em última análise, no inciso III do § 4º do artigo 60⁴ da Constituição Federal de 1988, que estabelece como cláusula pétrea a separação dos poderes, além de envolver os direitos políticos.

É importante destacar que a atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a cassação dos mandatos parlamentares traz consequências no relacionamento dos Poderes da República, motivo pelo qual o presente estudo tem o objetivo de refletir sobre os conflitos entre Legislativo e Judiciário.

2 – A polêmica cassação automática dos mandatos parlamentares pelo STF

A polêmica surgiu a partir do momento em que o relator do processo do mensalão, Ministro Joaquim Barbosa, sustentou a tese de que a consequência das condenações criminais dos Deputados envolvidos na Ação Penal 470 deveria ser a cassação imediata dos mandatos, uma vez que tais parlamentares estariam privados dos seus direitos políticos, nos termos do artigo 15, inciso III da Constituição Federal⁵.

Após a posição manifestada pelo Ministro Joaquim Barbosa, outros Ministros aderiram à sua tese, motivo pelo qual a Câmara dos Deputados, na pessoa do seu então presidente, Deputado Marco Maia, se manifestou publicamente no sentido de repudiar a posição do STF, afirmando, inclusive, que se fosse levada adiante tal decisão a Câmara

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

(...)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Id ibid.

poderia não cumpri-la, o que causaria uma verdadeira crise institucional entre os Poderes da República.

O Presidente da Câmara Federal, Deputado Marco Maia, em notícia publicada na imprensa, disse que "Pode não se cumprir a medida tomada pelo STF. E fazendo com que o processo [de cassação] tramite na Câmara dos Deputados, normalmente, como prevê a Constituição. Isso não é desobedecer o STF. É obedecer a Constituição⁶."

Os adeptos à possibilidade de cassação imediata dos Deputados Federais condenados no mensalão fundamentam sua tese no artigo 15, III da Constituição Federal, afirmando que não seria razoável e muito menos lógico que uma pessoa pudesse continuar com mandato político quando não estivesse em pleno gozo dos seus direitos políticos. Entenderam alguns Ministros que a Câmara dos Deputados não teria "discrecionabilidade política" para decidir sobre a perda dos mandatos, já que os deputados tiveram seus direitos políticos cassados por sentença criminal.

Noutro ensejo, um grupo de Ministros dos STF entendeu que o Poder Judiciário não pode usurpar a competência do Poder Legislativo para decidir acerca da perda dos mandatos parlamentares, uma vez que a própria Constituição prevê, categoricamente, que compete à Câmara dos Deputados tomar essa decisão, conforme artigo 55 da Constituição Federal⁷.

⁶ MORA, Marcelo. **Marco Maia diz que Câmara pode não cumprir decisão do Supremo**. Globo.com, Política, São Paulo, 10 dez. 2012, às 19:27. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/12/marco-maia-diz-que-camara-pode-nao-cumprir-decisao-do-supremo.html>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 15:19.

⁷ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 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.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

Como se observa, a solução do conflito exige atividade hermenêutica apurada, de modo que o intérprete identifique a melhor solução para o conflito, preservando os princípios constitucionais envolvidos, onde se destacam a Separação dos Poderes, os Direitos Políticos e a Moralidade Pública.

Conforme notícia veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Celso de Melo votaram a favor da cassação imediata dos mandatos parlamentares, na linha do entendimento do Ministro Relator, Joaquim Barbosa. O Ministro Gilmar Mendes se posicionou favorável à cassação imediata dos mandatos parlamentares, invocando a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) e o artigo 37, § 4º da Constituição Federal. Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

“Do ponto de vista lógico, eu sequer consigo entender que nós aceitemos como válida a aplicação da Lei de Improbidade e da Lei da Ficha Limpa, que reforça a ideia da inelegibilidade, e consideremos hígido o mandato de um deputado preso com trânsito em julgado no exercício do mandato. Estamos num cenário que reclama harmonização.”

“Se se tratasse de uma ação civil de improbidade, certamente teríamos decretado a perda da função pública, mas como se cuida de um processo criminal, ainda que com sentença condenatória e com elevada pena fixada, nós temos então essa perplexidade. Pelo menos no que diz respeito aos crimes contra a Administração Pública, nós estamos nos limitando a aplicar a Constituição.”

“Não há nenhum desvalor em relação à autonomia de cada uma das Casas do Congresso Nacional quando se reconhece que, em dados casos, compete ao Judiciário, como efeito de condenação, decretar a perda da função, do cargo e também do mandato eletivo⁸.”

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministro Gilmar Mendes vota pela perda do mandato de parlamentares condenados na AP 470**. Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226156&tip=UN>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 20:14.

O Ministro Luiz Fux seguiu a mesma linha de raciocínio, fundamentando sua decisão na LC 135/2010. Senão vejamos:

“o povo entendeu que basta uma condenação do colegiado, independentemente de trânsito em julgado, para que ele, povo, considere o parlamentar deslegitimado de manifestar a sua vontade em nome daquela coletividade que o elegera”.

“o que se pode, através de uma redução teleológica, alcançar, é que o artigo 55 da CF, a que se referem os votos divergentes, tem como destinatários aqueles casos em que não houve uma suspensão do processo, quando o fato delituoso ocorreu antes da diplomação e, portanto, não deu ensejo a essa suspensão prevista na CF”.

“Será que o movimento popular que motivou a edição da ficha limpa entende que é legítima uma lei que permita que parlamentares possam praticar atos contra a lei e manter a higidez da representatividade popular?”
“Entendo que não é possível.”

“Trata-se de saber que o STF tem que cumprir o seu poder/dever de declarar a perda de mandato em função de uma condenação criminal.”

“Há o princípio da unidade”. “É preciso uma redução teleológica para fazer prevalecer o entendimento maior da moralidade administrativa, que é cânone pétreo, que não admitiria manutenção do mandato após condenação pelo STF⁹”.

O Ministro Gilmar Mendes, favorável à cassação imediata dos mandatos parlamentares, fundamentou seu voto com base no artigo 37 § 4º da Constituição Federal, afirmando que tal dispositivo legitima a perda da função pública em casos de condenação por improbidade administrativa, razão pela qual a condenação criminal também constituiria na perda do mandato eletivo, sobressaindo, desse modo, o Princípio da Moralidade Pública.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **AP 470: Ministro Luiz Fux vota pela perda de mandatos dos condenados.** Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226145&tip=UN>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 18:44.

A Lei de Improbidade Administrativa, preservando a moralidade pública positivada no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, prevê no seu artigo 12¹⁰ a perda da função pública e dos direitos políticos. Tal consequência, em última análise, está ligada diretamente à ideia de cidadania, pois limita o direito de votar, ser votado, além do direito de se relacionar com a Administração Pública, como, por exemplo, ser contratado para o exercício de cargo, emprego ou função política.

Nesse passo, tendo por base a fundamentação do Ministro Gilmar Mendes sobre a Lei de Improbidade Administrativa como fundamento legal para legitimar a perda do mandato eletivo de parlamentar, importante analisar os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que ora se transcreve:

No entanto, não pode ser aplicada a sanção de perda da função pública, que implicaria a perda do mandato, porque essa medida é de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso, tal como previsto no artigo 55 da Constituição. Mas o artigo 15, inciso V, da Constituição inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a ‘improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º’. Assim, nada impede que se imponha a pena de suspensão dos direitos políticos a Deputado Federal ou ao Senador, em ação civil por improbidade administrativa. Nesse caso, a perda do mandato será ‘declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou partido político representado no Congresso

¹⁰ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

Nacional, assegurada a ampla defesa' (conforme art. 55, § 3º da Constituição)¹¹.

Conforme o entendimento acima citado, verifica-se que mesmo em casos de improbidade administrativa com decretação de perda de função pública e cassação dos direitos políticos, deverão ser observadas as regras do artigo 55 da Constituição no que se refere à perda do mandato.

Seguindo a linha de raciocínio sustentada pelo Ministro Revisor da AP 470, Ricardo Lewandowski, as Ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber, e o Ministro Dias Toffoli entenderam não ser possível cassar automaticamente os mandatos parlamentares. Merecem destaque as palavras da Ministra Carmem Lúcia:

“Estamos todos de acordo de que uma condenação desta gravidade e dessa natureza é incongruente com o exercício do mandato. O que estamos discutindo é como interpretar a Constituição Federal para dotá-la de eficácia de forma a preservar a separação dos poderes e os efeitos da condenação.”

“Cumprimos a jurisdição quando dizemos a sua aplicação, e não dizendo que é consectário automático a perda de mandato. Considero que as prerrogativas a serem levadas em consideração se fazem pela Casa legislativa, que é um dos poderes da República¹².”

A Ministra Rosa Weber também entendeu pela impossibilidade de cassação automática, conforme fundamentação noticiada pelo STF. Vejamos:

“Tratando-se de cassação de mandato, a competência, a meu juízo, é do mandante, daquele que o investiu. Não cabe ao Poder Judiciário fazê-lo porque a disposição sobre o mandato é exclusiva dos eleitores que se manifestam por meio de seus representantes eleitos: as Casas Legislativas.”

“o cometimento de atos que levam à condenação criminal de um representante do povo, pode, de fato, ser entendido concretamente como quebra da relação de confiança, que é pressuposto do mandato.”

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed., 2. Reimpr., São Paulo: Atlas, 2009.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Perda de mandato não é automática, entende ministra Cármen Lúcia**. Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226155&tip=UN>> Acesso em: 06 dez. 2014, às 20:15.

“O exercício do mandato, compreendido como situação jurídica, não se confunde com o exercício de um direito político individual.”

“A perda do mandato eletivo de deputado federal ou senador restará condicionada, a meu juízo, à manifestação nesse sentido da maioria absoluta da respectiva Casa Legislativa.”

“reconhecer a prerrogativa do Parlamento para decidir sobre a perda do mandato não significa que os condenados não venham a ser punidos com essa sanção em virtude da quebra da confiança, mas, tão somente, que a Constituição da República reservou essa decisão ao próprio Parlamento¹³”.

O Ministro Dias Toffoli, também entendeu pela impossibilidade de cassação imediata, sustentando o seguinte:

“Assentei a necessidade de se oficialiar à Câmara dos Deputados para os fins do artigo 55, inciso VI, parágrafo 2º, da Constituição Federal.” “O que se protege não é a pessoa física do parlamentar, mas a sua representatividade¹⁴”.

De acordo com notícia publicada pelo STF, o Ministro Dias Toffoli lembrou o Ministro Moreira Alves para fundamentar seu entendimento. Vejamos:

O ministro lembrou que a discussão sobre a perda dos direitos políticos, nos termos do inciso III do artigo 15 da CF, ocorreu de maneira significativa no Recurso Extraordinário (RE) 179502, em que o ministro Moreira Alves (aposentado) entendeu que, enquanto estiver no exercício do mandato, a condenação criminal, por si só e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, “só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele [o parlamentar] pertencer”.

“Eu comungo desse entendimento de Moreira Alves”, afirmou o ministro Dias Toffoli, que também citou como

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministra Rosa Weber diz que decisão sobre perda de mandatos parlamentares não cabe ao Judiciário.** Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226120&tip=UN>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 15:23.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministro Toffoli entende que a perda do mandato de deputados federais depende de deliberação da Câmara.** Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226137&tip=UN>> Acesso em: 7 dez. 2014, às 19:36.

precedente o Mandado de Segurança (MS) 21443 e doutrinas sobre o tema. Assim, em relação aos réus deputados federais – João Paulo Cunha, Pedro Henry e Valdemar Costa Neto – o ministro Dias Toffoli conservou sua posição, conforme entendimento da maioria na AP 481. “Porém, quanto ao caso de José Borba, prefeito de Jandaia do Sul, no Paraná, a questão não alça voo”, disse, destacando que o Supremo já julgou caso específico em que a perda do cargo, nesta hipótese, ocorre de forma automática, caso seja essa a decisão da Corte¹⁵.

3 – Análise sobre a perda automática do mandato parlamentar

A Constituição Federal do Brasil consagrou os princípios constitucionais envolvidos no caso como cláusulas pétreas. A separação dos poderes e os direitos políticos foram petrificados por fazerem parte da gênese da própria Constituição de 1988, que foi criada após um nebuloso período de ditadura militar. Os Poderes da República foram desenhados no texto constitucional de modo a não mais permitir as intromissões indesejadas de um poder no outro.

Nesse particular a Constituição Federal protegeu os direitos políticos por meio do devido processo legal¹⁶ e prestigiou a separação dos poderes no artigo 2º¹⁷, através das funções estatais compartilhadas, sendo todos os poderes independentes, mas controlados uns pelos outros, reciprocamente¹⁸, nos termos e limites estabelecidos pela própria Constituição.

A discussão sobre a possibilidade de cassação automática dos mandatos parlamentares pelo STF envolve a colisão do artigo 15, inciso III e 37 da Constituição Federal de um lado, contra o artigo 55, também da Constituição, de outro lado. A doutrina apresenta os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico para auxiliar na interpretação das normas jurídicas¹⁹.

Se valendo do método sistemático de interpretação das normas jurídicas, verifica-se que o artigo 15 da Constituição Federal está inserido no Capítulo dedicado

¹⁵ *Id ibid.*

¹⁶ MORAES, *op. cit.*, p. 233.

¹⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

¹⁸ *Id ibid.*, p. 370.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

aos “Direitos Políticos” onde, dentre outras previsões, consta no inciso II, § 3º do artigo 14, as condições de elegibilidade dos candidatos a mandatos eletivos, determinando que o pleno exercício dos direitos políticos seja essencial para a investidura no mandato.

É certo que o gozo dos direitos políticos é condição essencial para o exercício do mandato eletivo. Nesse particular, de acordo com os contornos da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário, por meio da Justiça Eleitoral, analisar previamente se o cidadão aspirante ao exercício de mandato eletivo reúne as “condições de elegibilidade”, onde se encontra o “pleno gozo dos direitos políticos”, conforme inciso II, § 3º, artigo 14, da Constituição Federal de 1988²⁰.

Nessa linha, observa-se que aquele que estiver privado dos direitos políticos não poderá se candidatar a cargo eletivo, pois carece de condição essencial de elegibilidade. Por esse motivo, determina a Lei Complementar 64/90 que será negado o registro de candidatura ao cidadão que carecer de condições de elegibilidade. Ressalta-se que a análise quanto às condições de elegibilidade fica a cargo da Justiça Eleitoral, conforme artigos 2º e artigo 15 da Lei Complementar 64/90²¹, com as alterações da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Com efeito, constata-se que as condições de elegibilidade previstas no Capítulo IV da Constituição Federal de 1988, dedicada aos direitos políticos, são averiguadas pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura, que é feito no

²⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...) II - o pleno exercício dos direitos políticos;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

²¹ Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade.

Parágrafo único. A arguição de inelegibilidade será feita perante:

I - o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital;

III - os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput*, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Lei da Ficha Limpa**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm> Acesso em: 30 nov. 2014, às 14:50.

dia 05 de julho do ano eleitoral, conforme artigo 11 da Lei 9.504/97²². Vale destacar, por importante, que o § 10 do artigo 11 da Lei 9504/97²³ determina que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades devam ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro de candidatura. Nesse sentido, observa-se que o ordenamento jurídico determina que a Justiça Eleitoral negue registro de candidatura nos casos em que o cidadão careça dos direitos políticos.

Por outro lado, o artigo 55 da Constituição Federal prevê regra específica para os casos de perda do mandato parlamentar, quando já eleito, preservando com isso a autonomia e independência dos poderes. Fica evidente que a vontade constitucional foi preservar a autonomia e Separação dos Poderes, na medida em que determinou no artigo 55 da Constituição Federal de 1988 que, no caso de condenação criminal de parlamentar, seja decidido pela Câmara dos Deputados sobre a perda do mandato, por voto secreto da maioria absoluta e, nos casos de suspensão dos direitos políticos ou que decretar a Justiça Eleitoral, seja declarada a perda do mandato pela Mesa Diretora, assegurando sempre a ampla defesa.

A perda do mandato por decretação da Justiça Eleitoral, conforme previsto na constituição, ocorrerá em razão da falta de “condição de elegibilidade” existente antes do parlamentar ser eleito, sendo certo que a redação do artigo 15 da Lei Complementar 64/90 não deixa dúvidas quanto a isso, pois determina que “ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma”. Ressalta-se que compete à Justiça Eleitoral conceder o registro e o diploma aos candidatos, conforme artigo 215 do Código Eleitoral²⁴.

²² Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§ 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:

(...)

VII - certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual;

(...)

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Lei das Eleições**, *op. cit.*

²³ (...)

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Id ibid.

²⁴ Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral Brasileiro**, *op. cit.*

Portanto, em relação às inelegibilidades constatadas pela Justiça Eleitoral, o Poder Judiciário nega ou cancela o registro, ou declara nulo o diploma, para, em seguida, comunicar o Poder Legislativo para declarar a perda do mandato, sendo certo que a sentença judicial, neste caso, está declarando um impedimento pré-existente a respeito da condição de elegibilidade do parlamentar.

Isso ocorre em virtude do respeito ao devido processo legal, já que muitas decisões da Justiça Eleitoral só se tornam passíveis de produzir efeitos quando já iniciado o mandato parlamentar, mas, ressalta-se, sempre dizem respeito a situações de elegibilidade/inelegibilidade ocorridas entre o momento em que o candidato requereu o seu registro até a concessão do diploma pela Justiça Eleitoral.

Por essa razão a doutrina especializada sobre Direito Eleitoral ensina que a natureza das ações eleitorais é, na grande maioria dos casos, desconstitutiva e declaratória. Essa é a natureza, por exemplo, da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura²⁵, como também da Ação de Investigação Judicial Eleitoral²⁶, Ação de Captação e/ou Gastos Ilícitos de Recursos²⁷ e Ação de Captação Ilícita de Sufrágio²⁸.

Diga-se, ainda, que até mesmo a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, que está prevista nos § 10 e § 11 do artigo 14²⁹ da Constituição Federal, tem como consequência a previsão do inciso XIV do artigo 22³⁰ da Lei Complementar 64/90, isto é, a cassação do registro ou diploma do candidato.

²⁵ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Direito Eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos.** / Antônio Veloso Peleja Junior, Fabrício Napoleão Teixeira Batista. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 156.

²⁶ *Id ibid*, p. 217.

²⁷ *Id ibid*, p. 241.

²⁸ *Id ibid*, p. 296.

²⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, op. cit.

³⁰ Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

(...)

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarar a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que

Sendo assim, ocorrendo à cassação do diploma de algum candidato, que por força do Código Eleitoral³¹ esteja exercendo o mandato eletivo, deve o Poder Judiciário comunicar a Mesa Diretora da Casa Legislativa a qual o parlamentar está vinculado, para que seja declarada a perda do mandato, isto é, após a deliberação do Parlamento que deve oportunizar o exercício da ampla defesa e do contraditório ao parlamentar, nos termos que estabelece a Constituição Federal.

Quando um parlamentar sofre uma condenação criminal no curso do seu mandato, percebe-se que no momento da solicitação do registro à Justiça Eleitoral o candidato estava elegível, não se podendo falar em cancelamento de registro ou diploma, tendo a Constituição determinado que, neste caso, isto é, condenação criminal após ter sido eleito, a perda do mandato será decidida pela Câmara ou Senado.

Deve ser lembrado que o raciocínio acerca do momento da averiguação da condição de elegibilidade do candidato fundamentou a decisão do STF sobre a aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135/2010 em relação a condenações ocorridas antes da sua criação, pois, segundo o entendimento do tribunal, não se trata de irretroatividade, e sim de nova condição de elegibilidade³², averiguada no momento do pedido de registro de candidatura.

Sendo assim, valendo-se da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais envolvidos, verifica-se que caberá ao Poder Judiciário limitar o exercício de mandato parlamentar apenas quando o candidato for constatado previamente pela Justiça Eleitoral como carecedor de direitos políticos, negando-lhe o registro de candidatura ou cassando o diploma. Nessa medida, após a investidura do mandato eletivo, apenas a Casa Legislativa a qual estiver vinculado o parlamentar poderá dispor sobre a perda do mandato, conforme determina o artigo 55 da

se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 135, de 2010).

BRASIL. **Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010. Lei da Ficha Limpa**, *op. cit.*

³¹ Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

BRASIL. **Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral Brasileiro**, *op. cit.*

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 – ADC - Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, j. 16 fev. 2012. DJe 29 jun. 2012.

Constituição Federal, que atribui o poder à Casa Legislativa de declarar a perda do mandato, ou decidir sobre a perda do mandato.

Os fatos referentes ao caso aqui analisado envolve o julgamento do sistema de compra de apoio político conhecido como mensalão, além do desejo popular de maior rigor para a investidura e permanência nos mandatos eletivos. Além disso, o caso também revela conflitos entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, como também a atuação da mídia, que em alguns momentos aparece como personagem nesses conflitos.

Examinando tais fatos de forma conjunta, verifica-se que de um lado se encontra o novo desejo popular, refletido nas atuais posições do Poder Judiciário e nos pronunciamentos da mídia; de outro, as prerrogativas e garantias constitucionais parlamentares positivadas na Constituição de 1988 e já desgastadas pela opinião pública. Desse modo, resta a seguinte indagação: o que é constitucional e, portanto, saudável para a democracia brasileira. Atender aos novos anseios da opinião pública em contradição com a Constituição, ou aplicar a Constituição e desagradar à opinião pública?

Vale mencionar, por importante, que as garantias e privilégios constitucionais acerca dos mandatos eletivos não mais refletem a opinião pública brasileira, diferente do momento em que foi promulgada a Constituição de 1988.

4 – Proposta de solução para o caso

A visão neoconstitucional do direito cede espaço para uma leitura moderna do princípio da separação dos poderes, onde se admite uma posição favorável ao ativismo judicial, legitimando restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e proteção das minorias³³. Contudo, a ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas³⁴.

Gisele Cittadino entende que a expansão do ativismo judicial pode ser vista positivamente, desde que não viole o equilíbrio político e seja aplicada de maneira

³³ Cf. BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 213-260; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*, *op. cit.*, p. 179-217 *apud* SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993> Acesso em: 6 dez. 2014, às 14:25.

³⁴ SARMENTO, *id ibid*.

compatível com as duas bases da democracia constitucional, isto é, garantindo os direitos dos cidadãos e, portanto, limitando o poder político, e assegurando a soberania popular³⁵.

Com isso, entende-se que, mesmo desagradando à opinião pública, o STF deve cumprir a Constituição garantindo o procedimento previsto no artigo 55, pois como se observou, os direitos políticos são analisados criteriosamente pelo Poder Judiciário no momento anterior à investidura no mandato eletivo.

Isso não significa que o parlamentar tem o direito de exercer o mandato após ser condenados criminalmente, mas significa dizer que compete ao Poder Legislativo decidir ou declarar sobre a perda dos mandatos de seus membros, onde se espera que os parlamentares também cumpram a Constituição e cassem os condenados.

Ademais, caso os parlamentares preservem os mandatos dos Deputados condenados criminalmente, tal fato causará repercussão na opinião pública, haja vista o corporativismo corruptivo que essa postura revelará, vide o caso envolvendo o Deputado Federal Natan Donadon, onde o Legislativo manteve o mandato do parlamentar e passou a enfrentar mais uma grave crise de opinião pública, motivo pelo qual reviu sua posição logo em seguida e decidiu pela perda do mandato daquele parlamentar³⁶.

Assim, a democracia brasileira sairá mais fortalecida, pois a sociedade brasileira, que apresenta sinais de amadurecimento, deve se mobilizar e se manifestar a

³⁵ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002, IUPERJ/FAPERJ. p. 34 *apud* PEIXINHO, *op. cit.*

³⁶ Após o julgamento da AP 565 no STF, a Câmara dos Deputados não declarou a perda do mandato parlamentar de Natan Donadon, ensejando a decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso no MS n.º 32.362 que, em razão do tempo e regime da pena aplicada, suspendeu os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados acerca da Representação n.º 20/2013, até o julgamento definitivo do MS e, posteriormente o julgou prejudicado ante a declaração da perda do mandato daquele parlamentar, conforme trecho da decisão que ora se transcreve: “Por fim, registre-se que o deferimento da medida liminar permitiu que o Poder Legislativo fizesse um novo exame da matéria, já à luz dos elementos constitucionais que tornavam inviável, no caso, a manutenção do mandato parlamentar. Nessa nova oportunidade, a Câmara dos Deputados determinou a perda do mandato pela expressiva maioria de 467 votos favoráveis e nenhum voto contrário, computando-se uma abstenção. Esse tipo de diálogo institucional demonstra que a relação entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal pode ser marcada por saudável complementariedade, em benefício da efetiva concretização das exigências constitucionais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Acompanhamento Processual. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326. Brasília, DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Impte. (s): Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impdo. (a/s): Presidente da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>> Acesso em: 07 dez. 2014, às 19:55.

respeito desse corporativismo nas ruas e nas urnas, revelando seu descontentamento com a classe política atualmente estabelecida no nosso país. São as mobilizações populares acerca das disputas por direitos que tornam uma democracia forte.

Desse modo, o caso em análise exige a garantia da separação dos poderes, pois somente assim será realizada a norma constitucional. Seja por uma leitura sistemática, seja pela ponderação dos direitos e normas envolvidas, torna-se inevitável garantir a autonomia dos poderes para manter o ambiente de constitucionalidade.

5 – Da possibilidade do Poder Legislativo questionar a cassação automática dos mandatos parlamentares

Considerando que a decisão sobre cassação imediata de mandato parlamentar produz efeitos na esfera jurídica do Poder Legislativo, passa-se a analisar os instrumentos jurídicos cabíveis para que a Câmara dos Deputados questione tal decisão. O descumprimento injustificado da decisão de cassação automática dos mandatos pelo Poder Legislativo seria uma atitude antijurídica e em total confronto com os valores que inspiram e fundamentam o Estado de Direito, onde as decisões judiciais devem ser cumpridas, pois todos os poderes se submetem ao direito.

“O Estado se submete à lei porque se submete à jurisdição”, afirma Carlos Ari Sundfeld.³⁷ O Estado de Direito em seu sentido forte, como asseverou Peixinho, possui mecanismos que impedem e obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder, sustenta Sundfeld³⁸.

Giorgio Balladore Palieri, citado por Sundfeld, diz que somente é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o Estado se submeta à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros. 4. ed., revista, aumentada e atualizada, 5ª tiragem, 2004, p. 37.

³⁸ *Id ibid*, p. 39. “O ordenamento jurídico (conjunto de normas jurídicas) pode ser visto graficamente como uma pirâmide. No topo dela encontra-se a Constituição, pairando sobre todas as demais normas”. “Por isso se diz que a lei tira seu fundamento da Constituição”. “A sentença de um juiz (condenando um criminoso, decretando o despejo de inquilino em débito) também tira seu fundamento de validade da lei. Por isso o ordenamento é uma pirâmide: o ato administrativo e a sentença valem se estiver de acordo com a lei, que lhes é superior; a lei vale se estiver de acordo com a Constituição, que lhes é superior”.

imparcial; d) o Estado a ela se submeta como qualquer outra *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*³⁹.

Desse modo, dentro dos limites e respeito à jurisdição, deve ser franqueado ao Poder Legislativo a possibilidade de discutir, nos termos do Estado de Direito, a decisão que afeta as suas prerrogativas. Assim, poderá o Poder Legislativo brasileiro, baseado no direito-função sustentado pelo Ex-Ministro Sepúlveda Pertence⁴⁰, ajuizar Mandado

³⁹ PALIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 3. ed., Milão, Giuffrè, 1976, p. 80 *apud* SUNDFELD, *id ibid*, p. 43.

⁴⁰ MS 21239/DF - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. I. "Mandado de segurança: legitimação ativa do procurador-geral da república para impugnar atos do presidente da república que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do ministério público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência. 1. A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, malberg, duguit, dabin, santi romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que tem por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em "subtrair da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito". 2. A jurisprudência - com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) - tem reconhecido a capacidade ou "personalidade judiciária" de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. 3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque e órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do ministério lhe e inerente - porque instrumento essencial de sua atuação - e não se pode dissolver na personalidade jurídica do estado, tanto que a ele frequentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais tem assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do ministério público, que constituem, na constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. 4. Legitimação do procurador-geral da república e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos. II. Ministério público da união: nulidade da nomeação, em comissão, pelo presidente da república, de procurador-geral da justiça do trabalho. 5. A unidade do ministério público da união, sob a chefia do procurador-geral da república, permite por em dúvida a subsistência mesma do próprio cargo de procurador-geral da justiça do trabalho, por isso negada expressamente por quatro dentre os oito votos vencedores, para os quais, "compete (...), ao procurador-geral da república, exercer, de modo autônomo e em caráter indisponível e irrenunciável, o poder monocrático de direção, administração e representação do ministério público do trabalho, cuja prática se revela incompatível com qualquer outro membro da instituição, ressalvada a possibilidade de delegação administrativa" (do voto do Ministro Celso de Mello). 6. Ainda, porém, que se admita - a exemplo do que se dispôs na constituição quanto ao procurador-geral da justiça do Distrito Federal -, a subsistência dos cargos de procurador-geral da justiça do trabalho e da justiça militar -, como titulares da chefia imediata dos ramos correspondentes do ministério público da união, sob a direção geral do procurador-geral da república, o certo e que daí igualmente seria inadmissível extrair a recepção, pela ordem constitucional vigente, da regra anterior do seu provimento em comissão, pelo presidente da república. 7. Do regime constitucional do ministério público, e de inferir, como princípio basilar, a rejeição de toda e qualquer investidura precária em funções institucionais do organismo, seja, no plano externo, pela proscrição da livre exoneração do procurador-geral da república, seja, no plano interno, pela vedação da amovibilidade dos titulares de seus escalões inferiores. 8. Do art. 84, xxvi, i parágrafo único - postos em cotejo com o art. 127, par. 2, da constituição -, não resulta imperativamente a competência do presidente da república para prover os cargos do ministério público, a qual, se admissível, em princípio, teria de decorrer de lei e fazer-se na forma nela prescrita: inadmissível, a luz da constituição, o provimento em comissão pelo presidente da república do cargo - se ainda existente - de procurador-geral da justiça do trabalho, e impossível receber o art. 64 da l. 1.341/51, que lhe outorgava o poder de livre nomeação e demissão do

de Segurança para impugnar a decisão que entende usurpar sua competência constitucional e ofender a sua autonomia, visando à preservação de prerrogativa revelada como direito líquido e certo, de modo a possibilitar a aplicação do inciso LXIX do artigo 5^o⁴¹ da Constituição Federal.

Importante destacar que a decisão sobre a cassação automática dos mandatos parlamentares dos réus da AP 470 ocorreu no momento em que o STF contava apenas com 9 dos 11 Ministros da corte, haja vista a aposentadoria dos Ex-Ministros Cezar Peluso e Carlos Aires Brito. Em razão disso, o STF no julgamento do Senador Ivo Cassol (PP-RO) mudou o entendimento firmado no processo do mensalão, conforme citado nas linhas acima, decidindo que cabe ao Legislativo decidir sobre a perda de mandato eletivo.

A mudança de entendimento foi possível em razão da nova composição do STF, que passou a contar com a presença dos Ministros Teori Zawaski e Luis Roberto Barroso. Atualmente, após a decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso no MS 32.326, o assunto encontra-se em aberto, sem posição judicial capaz de orientar os operadores do direito e os detentores de mandatos parlamentares.

6 – Da participação popular no debate sobre perda automática dos mandatos parlamentares

Daniel Sarmento chama a atenção para a reaproximação entre Direito e Moral e a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos como consequência do neoconstitucionalismo⁴². A ideia de neoconstitucionalismo surgiu após a segunda guerra

titular do cargo, para manter-lhe a atribuição do provimento, alterando-lhe, porém, o regime legal a que subordinada. 9. Pela mesma razão de nulidade da nomeação do litisconsorte passivo do ms 21.239 e impetrante do ms 21.243, também e de reputar-se nula a nomeação do seu antecessor, no cargo, o litisconsorte ativo, no ms 21.239 e passivo, no ms 21.243, donde a impossibilidade de deferir a primeira impetração, no ponto em que se insurge contra o ato que o exonerou. 10. Deferimento parcial do ms 21.239, impetrado pelo procurador-geral da república, para declarar nula a nomeação do litisconsorte passivo, julgando-se prejudicado, em consequência, o ms 21.243, requerido pelo último. Julgamento: 05/06/1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁴¹ - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, *op. cit.*

⁴² SARMENTO, *op. cit.*, p. 2.

mundial, momento em que foram criados mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador⁴³.

Ao reconhecer força normativa aos princípios o neoconstitucionalismo abriu as portas do Direito para o debate Moral, possibilitando a discussão entre os que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, como Luigi Ferrajoli⁴⁴, Luiz Prietro Sanches⁴⁵, Ricardo Guastini⁴⁶ e Suzana Pazzolo⁴⁷, mas reconhecem uma ligação entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, como o poder constituinte originário positivem os valores morais; e os que afirmam que Moral e Direito tem uma conexão necessária, como Ronald Dworkin⁴⁸, Robert Alexy⁴⁹ e Carlos Santiago Nino⁵⁰, dizendo que normas terrivelmente injustas não tem validade jurídica, independentemente do que dizem as fontes autorizadas do ordenamento. Para ambas as linhas de pensamento, os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto⁵¹.

O debate sobre a polêmica ora analisada sempre termina no argumento da corrupção, ganhando força as fundamentações de cunho ideológicas, em detrimento da observância das regras estabelecidas. É bom destacar que o debate a respeito da corrupção no Brasil deve ser amplamente explorado, pois a sociedade não mais tolera conviver com a desordem e os escândalos que dominam as páginas dos jornais todos os dias.

Contudo, é ruim para a democracia brasileira descumprir as disposições constitucionais, mesmo sob o argumento de moralização das coisas públicas, pois a

⁴³ *Id ibid.*

⁴⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo y la Filosofia del Derecho**. Bogotá: Universidad *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁴⁵ Cf. SANCHÍS, Luis Pietro. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-135 *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁴⁶ Cf. GUASTINI, Ricardo. Sur la Validité de la Constitution du Point de Vue du Positivisme Juridique. In: Michel Troper; Lucien Jaume (Dir.). 1789 et **L'Invention de la Constitution**. Paris: L.G.D.J, 1994, p. 216-225 *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁴⁷ Cf. POZZOLO, Suzana. **Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Torino: Giappicheli, 2001 *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. Law and Morals. In: **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 01-35 *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁴⁹ Cf. ALEXY, Robert. Derecho y Moral. In: **La Institucionalización de la Justicia**. Granada: Comares, 2005, p. 17-30, *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁵⁰ Cf. NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 11-48, *apud* SARMENTO, *id ibid.*

⁵¹ SARMENTO, *id ibid.*

garantia de cumprimento das leis é um valor que se liga à ideia de Estado de Direito. Descumprir a constituição sob o fundamento de punir mais severamente “políticos corruptos” significa o não cumprimento das leis e da ordem jurídica. Submeter os parlamentares ao julgamento da Câmara Federal é o procedimento adequado e, mesmo que esses parlamentares não sejam cassados, a democracia brasileira sairá mais fortalecida, pois aceitar o descumprimento da constituição em nome da moralidade não parece ser um caminho adequado para o desenvolvimento político.

Seria mais saudável para os brasileiros conviver com uma posição que não refletisse a opinião pública, como a não cassação dos mandatos parlamentares, mas que forçasse as pessoas a pensar sobre a responsabilidade de melhor escolher seus representantes, pagando o preço da revolta de conviver com um corporativismo desmedido e odioso, que aplicar uma solução inconstitucional.

7 – Conclusão

O princípio do Estado de Direito compatibiliza a vontade das maiorias com a dignidade individual dos cidadãos. O princípio do Estado de Direito limita o Estado de eventuais excessos contra as liberdades individuais, bem como determina o exercício do poder através de instrumentos constitucionalmente definidos, sob pena de ilegitimidade. Sob esse prisma, o Estado de Direito, visto sob as lentes da soberania popular, permite a participação das pessoas no ambiente político, desde que respeitada as formas previamente definidas em lei.

Nesse aspecto, o Estado de Direito se materializa por meio de instituições, que respeitam as liberdades individuais, mas, quando necessário, restringe direitos fundamentais em prol da coletividade, nos limites da Separação de Poderes que institui mecanismos de controle dos atos estatais. É através desse ambiente que a jurisdição constitucional tem permitido uma ascensão institucional do Poder Judiciário, que passou a se envolver com temas polêmicos e de grande impacto na opinião pública.

A ascensão do Poder Judiciário no Brasil, estimulada pela inércia do parlamento quando instado a atender demandas de grande repercussão, acuado pelo desgaste que tais decisões atraem, fez nascer o debate sobre o ativismo judicial e a judicialização da política. É certo que tal debate possui repercussão e interferência nas relações institucionais, econômicas e sociais, uma vez que, o deslocamento do ambiente

decisório de determinadas questões, retiradas da arena política e inseridas na arena judicial – pautada por requisitos técnicos e capacidade postulatória – causa transformações naqueles que se submetem às decisões judiciais, como naqueles que proferem tais decisões.

Aqueles que se submetem às decisões judiciais alicerçadas no ativismo passam a se preocupar em entender as regras do jogo e, por isso, se sentem no direito de criticá-las. Por sua vez, aqueles que proferem as decisões, por consequência, se aproximam de debates que, muitas vezes transbordam a técnica jurídica, politizando a prestação jurisdicional. Assim acontece com decisões judiciais que garantem acesso à saúde e educação, reconhecem uniões entre pessoas do mesmo sexo e etc.

Contudo, quando a jurisdição constitucional interfere no próprio ambiente institucional e passa a dizer como e quando os outros poderes devem fazer ou deixar de fazer aquilo que lhes competem, surgem as crises que trazem à tona discussões sobre o sistema político como um todo. Problemas como proporcionalidade de representação política dos Estados brasileiros, cassação automática de mandatos parlamentares e financiamento de campanhas eleitorais, entre outros temas de grande envergadura institucional, continuam sem uma posição final, haja vista a tensão que esses assuntos são capazes de causar na relação entre os poderes.

A tensão existente entre Poder Legislativo e Poder Judiciário se tornou extremamente sensível no debate acerca da cassação automática dos mandatos parlamentares condenados criminalmente. É fato que a posição final sobre cassação automática de mandatos parlamentares encontra-se mal definida no Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento o STF entendeu pela possibilidade de cassação automática, que deveria ocorrer após o trânsito em julgado da decisão. Em momento posterior, contando o STF com nova composição, venceu o entendimento da impossibilidade de cassação automática dos mandatos parlamentares, prestigiando o artigo 55 da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o método sistemático de interpretação das normas jurídicas, conclui-se que o alcance do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal de 1988 se refere ao momento em que o cidadão brasileiro se lança à candidatura de mandato político, onde a Justiça Eleitoral analisa as condições de elegibilidade do pretendente, dentre as quais estão os direitos políticos.

Situação diversa ocorre com a condenação criminal de parlamentar eleito, uma vez que o artigo 55 da Constituição Federal de 1988 prestigia a autonomia e independência dos poderes, prevendo forma específica para a perda do mandato parlamentar.

Nesse sentido, quando se tratar de decisão judicial proveniente da Justiça Eleitoral, que averigua condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade, a Mesa Diretora da respectiva Casa Legislativa declara a perda do mandato, uma vez que o impedimento reconhecido na decisão da Justiça Eleitoral diz respeito a condições para se candidatar.

Com relação às sentenças criminais proferidas no curso do mandato a Constituição Federal de 1988 determina no § 2º do artigo 55 que a perda do mandato será decidida pela Casa Legislativa. Por conta disso, entendo que cabe ao Poder Legislativo decidir sobre a perda do mandato parlamentar condenado criminalmente.

A conclusão aqui sugerida sobre cassação de mandatos parlamentares não tem o objetivo de concordar com a permanência de parlamentar condenado criminalmente na Casa Legislativa. Contudo, é perigoso para a democracia brasileira, ainda em amadurecimento, descumprir regra constitucional sob o argumento de moralização da coisa pública. A permanência odiosa de um parlamentar condenado criminalmente no exercício do mandato deve desafiar a opinião pública, capaz de exigir do parlamento a medida adequada para o caso e não transferir para o Poder Judiciário tal decisão.

Não deve o povo brasileiro achar que o Poder Judiciário será o salvador da pátria, bem como permitir tudo em nome da moralidade como se fosse o bastante para resolver o problema crônico da corrupção. A democracia brasileira só terá avanço quando pessoas sérias se interessarem pela política e os cidadãos participarem ativamente dos debates nacionais, pressionando os Poderes a tomarem as decisões corretas.

O amadurecimento de um povo acontece a partir dos debates que se impõem em momentos de dificuldades e desequilíbrios. Somente encarando os seus problemas o Brasil conseguirá alcançar o verdadeiro desenvolvimento político, econômico e social que tanto deseja e precisa. No que tange ao assunto aqui analisado, acompanhar a

aprovação da PEC 18/2013⁵² será um grande passo para as pessoas que desejam participar da política brasileira. No entanto, adormecer diante dos temas que interessam ao país não trará qualquer resultado na evolução do nosso sistema político.

⁵² A PEC 18/2013 tem o objetivo de tornar automática a perda do mandato parlamentar nas hipóteses de improbidade administrativa e/ou condenações em crimes contra a administração pública.