

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delinearão os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho

PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF

PRIVILEGE OF CHOICE AND FUNCTION: PERSPECTIVES ON SPECIAL TRIAL AND THE APPOINTMENT OF JUDGES TO THE SUPREME COURT.

**Leonardo Barcellos Lopes
Maria Fernanda Miranda Lyra**

Resumo

O presente trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringe o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumenta-se que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

Palavras-chave: Direito constitucional, Supremo tribunal federal, Foro especial, Nomeação, Independência

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the importance of an analysis of the proposed constitutional reform that restricts the judgment by prerogative of function and the new interpretation in the scope of the Federal Supreme Court on this subject, together with a possible new model of appointment of Ministers for the Court. Considering the principle of the separation of powers, there is the argument that the moment is opportune to add much more credibility to the decisions of the Court, true protagonist of the national political scene.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional right, Supreme court, Special judgment, Appointment, Independence

INTRODUÇÃO

Reside no imaginário popular a ideia de que, havendo previsão legal, o comportamento correto, e esperado, reflete ao que da norma se denota. É natural. Afinal, se tantas lutas foram travadas em busca da positivação de direitos, nada mais justo que das normas democraticamente elaboradas, a observância do seu conteúdo seja, pelo menos em regra, desejo da maioria das pessoas.

Quando o assunto é, mais especificamente, a Constituição, carta política cujos alguns dos objetivos mais marcantes podem ser destacados como a criação e organização do Estado, o estabelecimento dos Poderes e sua limitação, além da previsão de direitos e garantias fundamentais, controvérsias acerca da sua interpretação são cada vez mais recorrentes. Esse fato, mais consistente, notadamente após o advento do segundo processo de *impeachment* sob a égide da Constituição Federal de 1988, ocorrido no ano de 2016, faz resplandecer um inevitável protagonista, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Provocado para dar a última palavra e cumprir sua missão de guardar a Constituição, o STF não fica imune a críticas. Constantemente inovando em suas decisões, inclusive revendo posicionamentos anteriores, como fora o caso das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, julgadas no final do ano de 2016, e que tratam do cumprimento de pena após o julgamento de segunda instância realizado por tribunais, independentemente da existência de recurso para as instâncias superiores, a Corte vem também se destacando perante a opinião pública em razão do exercício de outra competência, igualmente constitucional, de processar e julgar autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função em crimes comuns.

Com o aumento de atribuição de fatos criminosos à pessoas com prerrogativa de foro perante o STF (Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, seus Ministros e o Procurador Geral da República), o mesmo imaginário popular, inicialmente franco obediente aos preceitos legais, passa a questionar a capacidade da Corte em realizar julgamentos complexos, face a sua estrutura. O mesmo incide sobre a lisura da indicação e aprovação dos ministros da Corte, que necessariamente passam pelo crivo do Poder Executivo, que indica, e do Poder Legislativo, o Senado, que aprova ou rejeita, sendo certo que são os membros desses dois poderes os que, justamente, podem ser objeto de julgamento perante os magistrados que aprovaram para o cargo.

Em outras palavras, a própria Constituição passa a ser questionada nesse particular. E, por isso, considerando aspectos concretos, como a Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 2013, assim como o despacho do Ministro Luís Roberto Barroso nos autos da Ação Penal

nº 937, propondo nova interpretação acerca das hipóteses de foro por prerrogativa de função, cumpre pensar novas propostas com vistas ao fortalecimento das instituições, livrando-as, dessa forma, e dentro do possível, de suspeitas ou do inevitável desgaste fruto da sua incapacidade estrutural de dar respostas tempestivas aos casos de infrações penais comuns que lhe são submetidos.

Anote-se, por oportuno, que não há intenção, nesse artigo, de criticar ou questionar a independência ou imparcialidade dos Ministros do STF. Busca-se, como dito, pensar novas propostas que justamente afastem injustas deduções acerca das decisões da Corte, ao mesmo tempo em que, analisando conclusões e posicionamentos de variados doutrinadores, pretende-se ponderar possíveis saídas para o fortalecimento das instituições, baseadas em efetiva separação dos poderes e no princípio da igualdade, ponto de partida para a ideia de justiça.

O presente trabalho, portanto, privilegiou a revisão bibliográfica, apoiado em literatura relevante sobre o tema e pesquisa documental, utilizando o método dedutivo.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES

Conhecida e muito reproduzida, a teoria da separação dos poderes encontra na obra de Montesquieu sua principal referência. Trata-se da necessidade, ou pelo menos da intenção, de separar o poder inerente ao Estado, para, dividindo-o, fazer prevalecer as garantias e direitos individuais e coletivos, em detrimento do arbítrio do poder constituído. Em síntese, quanto menos poder houver acumulado nas mãos de uma só pessoa, ou do mesmo grupo, maior será a possibilidade de exercício das liberdades.

Está presente, portanto, na separação de poderes, a intenção de limitar o poder do Estado, controlando sua atuação. Além disso, essa separação contribui para conferir maior eficiência às prestações positivas de competência do Estado, tais como saúde, educação e segurança, motivo pelo qual também é desejável por essa razão.

Motivos para que o modelo persista não faltam. Soma-se a tudo o fato de que, havendo efetiva separação, há também maior liberdade de atuação por parte dos ocupantes dos cargos existentes em cada esfera de Poder, na medida em que o Judiciário aplica normas gerais e abstratas que por ele não foram elaboradas, mas sim pelo Legislativo, não podendo ser criticado, em sua decisão, por exemplo, pela existência ou ausência de determinado direito. O Executivo, por sua vez, também não pode atuar sem que haja prévia autorização do Poder Legislativo, ficando seu poder gerencial limitado ao que fora permitido pela legislação existente e editada pelo Poder correspondente. Esses dois últimos, se exorbitarem de suas

competências, poderão ser submetidos ao controle do Poder Judiciário, provocado através dos instrumentos processuais disponíveis, de acordo com a vontade dos legitimados e nos limites da legislação em vigor.

A separação de poderes é também associada à doutrina dos *freios e contrapesos*, através da qual a limitação e interdependência existente entre os Poderes faz com que haja permanente fiscalização, constando de diversas Constituições, em diferentes países, cláusulas promotoras desse equilíbrio. Sobre o tema, oportuna a transcrição do ensinamento de Guilherme Peña de Moraes, que, por sua vez, também cita John Garvey e Alexander Aleinikoff:

“O sistema de freios e contrapesos provoca a limitação do poder político na medida em que se estabelece a interpenetração das funções estatais e o controle recíproco entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com a finalidade de impedir potenciais excessos dos Poderes do Estado, funcionando como condição de legitimidade do Governo, ou seja, ‘os freios e contrapesos consistem na garantia de manutenção do equilíbrio constitucional entre os Poderes do Estado, sendo certo que, em fase de determinada ação ou omissão do Executivo, Legislativo ou Judiciário, o contraste constitucional que um outro pode exercer para contê-lo (freio) ou para restabelecer o equilíbrio (contrapeso) constitui um freio ou um contrapeso ao dito Poder’”. (MORAES, 2017, p. 20)

Na Constituição Federal de 1988, são inúmeras as disposições que tratam de atender ao sistema de *freios e contrapesos*, podendo-se citar, como exemplo, a hipótese de autorização para instauração de processo de impeachment contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, inc. I e art. 52, inc. I c/c art. 86, *caput* parte final).

Do mesmo modo, no tocante ao tema abordado, inclusive destacado na introdução acima, a própria composição do STF também passa pelo mesmo tipo de controle, servindo o procedimento eleito pelo constituinte originário (art. 101) como uma tentativa de emprestar legitimidade democrática na escolha, se considerada que a indicação e aprovação para o cargo de Ministro da Corte se dá através de representantes escolhidos em eleições majoritárias (Executivo Federal; e Senado Federal, composto por representante dos Estados).

Em que pese o esforço, o sistema, evidentemente, não é imune a críticas. Dalmo de Abreu Dallari enfatiza que a ideia fora elevada ao patamar de dogma, sendo reproduzido e defendido, sem que se leve em consideração que as limitações impostas aos Poderes muitas

das vezes revelam verdadeira ineficiência da sua atuação, se confrontadas com as constantes atualizações das demandas inerentes ao funcionamento do Estado e as aspirações de sua população. Por outro lado, a separação, em muitos casos, é apenas formal, não impedindo a intromissão de um Poder no outro, nem mesmo arranjos para desvirtuar suas verdadeiras missões:

“A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação”.

(DALLARI, 1998, p.220)

Necessariamente atrelada à ideia de democracia, o que torna sensível qualquer tentativa de consideração crítica, ainda que construtiva, a separação de poderes também empresta terreno para que hoje, indisfarçavelmente, sejam promovidos verdadeiros leilões entre os Poderes. Não é raro verificar declarações e movimentos no sentido de que membros de um Poder sinalizam com apoio a outros, de diferentes Poderes, representando quase sempre interesses corporativistas ou privados, distantes naturalmente da missão constitucional para a qual foram designados.

NOMEAÇÃO ENTRE PODERES E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE AUTORIDADES

Com o advento da internet, a proliferação das redes sociais e, com elas, as páginas e *blogs* de notícias, a vigilância sobre as decisões do Poder Judiciário são cada vez mais frequentes. Polêmicas decorrentes dos julgados, consequências políticas e sociais provocam discussões, cujo alcance é constantemente acompanhado pelos membros dos Poderes, que não raro, se utilizam também dessas plataformas para defender e legitimar suas atuações.

Em sabatinas transmitidas ao vivo pela televisão, a escolha de um indicado pelo Presidente da República, a ser referendada pelo Senado Federal, é motivo de debate público. Fatalmente, em tempos de larga crise política e envolvimento de políticos em escândalos de corrupção, a escolha de um nome provoca devassa na vida pessoal do indicado e teses acerca

das intenções de quem indica e de quem, se aprovado, passa a ocupar cargo vitalício na mais alta Corte do país, além de contribuir com seu voto para o julgamento das infrações penais comuns praticadas, em tese, por membros do Poder Legislativo (Senado) e do Poder Executivo (Presidência da República), fiadores do Ministro aprovado.

A escolha do nome do magistrado que ocupa a mais alta Corte não é novidade na experiência constitucional brasileira. Na verdade, claramente inspirada no modelo norte-americano, desde a proclamação da República, a indicação pelo Presidente da República está presente. O Decreto nº 510, de 22.06.1890, outorgou a Constituição Provisória da República, prevendo em seu art. 47, nº 12, que a competência para nomear juízes para o então STF, composto por quinze membros, era justamente do Presidente da República, mediante aprovação do Senado.

Curioso notar que o art. 55 da Constituição Provisória da República não previa a necessidade do candidato ao cargo de magistrado do STF demonstrar ter *notável saber jurídico*, como ocorre hoje, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por força do seu art. 101. De acordo com a Carta provisória, para ser elevado ao cargo bastaria demonstrar possuir *notável saber*, o que foi reproduzido na Carta de 1891 em seu art. 56. Em todas as hipóteses, entretanto, a reputação do candidato era requisito expresso.

Em que pese a ausência menção expressa ao *saber jurídico*, foi justamente com esse fundamento que o Presidente Marechal Floriano Peixoto amargou reprovações de nomes perante o Senado, tendo como mais emblemático o caso histórico do médico Dr. Candido Barata Ribeiro, em 1894.

Assim como hoje ocorre, pela Constituição de 1891 também era de competência originária do STF o processamento de causas que versavam sobre crimes comuns praticados pelo Presidente da República e Ministros de Estado, conforme disposto em seu art. 59. A Constituição da República de 1934, por sua vez, prevendo uma Corte de onze Ministros (art. 73), igualmente previa que a nomeação dos seus membros seria objeto de indicação pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal (art. 74), contando, expressamente, como requisito, o *notável saber jurídico* por parte do indicado, além contar com reputação ilibada, ser brasileiro nato e não ter menos de 35 nem mais de 65 anos, salvo os então magistrados. Havia, igualmente, previsão de competência originária para processar e julgar o Presidente da República e seus Ministros de Estado, dentre outros.

Em 1937, sob a ordem do Estado Novo, a Carta política outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas manteve o modelo de indicação pelo Presidente da República (art. 98), mediante aprovação do Conselho Federal (art. 50), tendo por competência originária o

processamento e julgamento de autoridades como Ministros de Estado e o Procurador Geral da República, havendo ainda em seu texto expressa proibição de responsabilização do Presidente da República por atos estranhos às suas funções (art. 87). Com a volta da ordem democrática, os Ministros do STF, continuaram a ser indicados pelo Presidente da República, voltando a necessidade de aprovação pelo Senado Federal (art. 99), e a competência para processamento e julgamento do Presidente e Ministros de Estado, dentre outras autoridades elencadas pelo art. 101.

Com o golpe militar, a Constituição de 1946 foi mantida com alterações introduzidas pelo “Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964”. A formação do STF passou a ser de dezesseis Ministros (art. 98). Voltando a ter onze Ministros nas Constituições de 1967, e de 1969 (Emenda Constitucional nº 1/1969), mantêm a nomeação por parte do Presidente da República e aprovação pelo Senado, ao mesmo tempo em que determina a necessidade de aprovação de acusação pelo Câmara dos Deputados, para que o Presidente pudesse, então, ser submetido a julgamento perante o STF (art. 85).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, como já ressaltado acima, passam a ser incluídos, no âmbito da competência originária do STF, mas não só, os Senadores, que possuem papel proeminente na aprovação do nome indicado pelo Presidente da República para a vaga de Ministro da Suprema Corte.

A existência de foro especial para autoridades, como visto, verifica-se desde o início da experiência constitucional brasileira, sob o repetido fundamento de que, na verdade, o que se busca é a proteção do cargo, e não da pessoa. Dito de outro modo, serviria a prerrogativa de função como mecanismo de proteção institucional, reservando às pessoas indicadas pela Constituição um foro livre de pressões políticas e sedimentado em ampla experiência.

O que é prerrogativa de função, no entanto, passou a ser reconhecido como *foro privilegiado*, não podendo esse fenômeno ser analisado fora da carga pejorativa que popularmente lhe é atribuído, notadamente quando se denota que por questões evidentemente estruturais, autoridades com prerrogativa de foro, em muitas ocasiões, conseguem se ver livres de condenações por força da prescrição, ou quando não é o caso, logram pelo menos retardar o andamento de causas penais pelas mesmas razões.

Não se mostra absurdo considerar que, sob fundamento da proteção ao cargo, protege-se, na verdade, determinadas pessoas, oriundas da classe política. Ao mesmo tempo, reverbera-se o argumento de que a prerrogativa de foro é relevante, pois livra magistrados de primeira instância de constrangedoras pressões políticas que eventuais réus podem promover por força de seus cargos, retirando-lhe a tranquilidade necessária para julgar. Crítico desse

pensamento, Carlos Henrique Borlido Haddad faz duras considerações dignas de nota:

“Nem se diga que o julgamento por tribunais visa a assegurar isenção nas decisões ao se evitar temores reverenciais de juízes que decidem causas penais envolvendo Desembargadores ou Ministros. É natural que juízes experimentem pressões, sofram ingerências ou suportem percalços ao exercer a judicatura de maneira imparcial e independente. Influxos dessa natureza, se são suficientes para afetar a isenção dos magistrados, servem, em verdade, para atestar a pouca vocação para o cargo e o alto grau de pusilanimidade da atuação judicial. Nem se diga que a intenção é preservar o valor do cargo ocupado. O foro privilegiado aplica-se a toda e qualquer infração praticada por ocupantes de determinados cargos públicos, tenham ou não relação com o exercício funcional, tal como o desembargador que cometa crime doloso contra a vida. O juiz de Direito que pratique crime contra a liberdade sexual, o comandante da aeronáutica que se dedique ao tráfico internacional de drogas ou o Senador propenso a realizar condutas que se amoldem à Lei Maria da Penha serão submetidos a julgamento perante tribunais, a despeito da completa ausência de ligame com as atribuições do cargo. Mesmo que as infrações tenham sido praticadas antecedentemente à assunção da função pública, emerge o foro privilegiado concomitantemente à diplomação ou à posse. Se, por exemplo, parlamentares estiverem licenciados para o exercício de atribuições no Poder Executivo, como Secretários de Estado ou Ministros, e pratiquem infração penal, serão julgados em razão do mandato para o qual foram eleitos. Protege-se o cargo, sem que a conduta ilícita guarde relação com ele. Isso significa que a prerrogativa de função, por jogo de palavras, oculta seu real papel: proteger determinadas pessoas”. (HADDAD, 2012, p. 407)

Além disso, impossível não registrar, em que pese inexistir do ponto de vista pessoal dos autores qualquer desconfiança acerca da escorregadia atuação dos Ministros do STF, que há, por outro lado, na sociedade, reiterados questionamentos sempre que se verifica uma nova indicação ao cargo, notadamente em razão de que, com alguma frequência, restar verificado que o indicado possui estreitos laços ou com a pessoa do Presidente da República ou com seu grupo político, tendo, em algumas hipóteses, o candidato, já desempenhado função pública de cunho político. Com propriedade, destaca João Pedro Gebran Neto:

“Além disso, antes de servir de instrumento para adequada constitucional, a indicação tem funcionado como garantia do sistema político nacional, em que as escolhas (com honrosas exceções) têm servido como prêmio para aqueles que, por algum tempo, serviram a determinado governo ou partido. Para evitar estes defeitos é que as

constituições alienígenas, embora mantenham o aspecto político de algumas indicações, preveem impedimentos para nomeações, bem como estabelecem diferentes legitimados para indicar os integrantes do Tribunal Constitucional, de modo a enfraquecer a hegemonia do Poder Executivo e as ingerências políticas”. (NETO, 2014, p. 791)

A desvinculação direta do Poder Executivo na escolha do nome, bem como a existência de critérios objetivos referentes à qualificação mínima para o exercício do cargo, experiência comprovada e formas de seleção oriundas de eleições de alternadas listas, seguramente contribuiriam para dar maior transparência às escolhas, preservando a Corte e seus membros de desconfianças, motivadas muitas das vezes por aspectos políticos.

Último Ministro a ser indicado para a vaga do Ministro Teori Zavascki, Alexandre de Moraes foi justamente questionado por seu posicionamento doutrinário acerca da indicação e escolha de Ministros do STF, precisando, antes de ter seu nome aprovado, responder sobre sua obra, face ao procedimento ao qual estava se submetendo. Seja como for, compreendendo que não é possível transformar posicionamento acadêmico em realidade, isoladamente e sem amparo do meio legal adequado, cumpre destacar as conclusões do referido Ministro:

“Entendemos que alterações na forma de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal seriam importantes para a preservação de sua legitimidade e a ampliação de sua independência e imparcialidade, tornando-o, efetivamente, um dos órgãos de direção do Estado.

Entre essas modificações, a exigência do *notável saber jurídico* deveria ser substituída pela presença de requisitos capacitários relacionados ou à qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público”. (MORAES, 2015, p. 576)

Importante frisar que para fins desse artigo foi dada ênfase aos acontecimentos recentes, notadamente relacionados com a chamada *Operação Lava-Jato*, motivo pelo qual a competência do STF para processar e julgar originariamente as autoridades de que trata o art. 102, inc. I, *b*, da Constituição Federal de 1988, na esfera penal, ganhou contorno. No entanto, não se ignora que a reiteração da crítica ao mesmo sistema de nomeação também é digna de nota, posto que uma das mais relevantes competências do STF está ilustrada no poder que lhe fora atribuído pelo Constituinte para o controle de constitucionalidade de leis e atos

normativos. Logo, mais esse clássico caso de controle entre Poderes, decorrente da própria Constituição, necessita contar, para o seu devido funcionamento, com absoluta independência entre os Legislativo e Judiciário, na medida em que é através de leis e atos normativos que os interesses dos representados se desenvolvem e legitimam, o que, contudo, não se pode admitir que ocorra ao arrepio das disposições constitucionais.

SOBRE A IDEIA DE PRIVILÉGIO E A PROPOSTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Atribui-se à persistência do foro por prerrogativa de função, ou *foro privilegiado*, razões de cunho social, através das quais a sociedade brasileira, claramente hierarquizada e desigual, não concebe que determinadas pessoas tenham tratamento igual ao da grande parte da população, apresentando-se, para tanto, o insustentável argumento de que é necessário preservar a liturgia de determinados cargos.

Por mais que se busque negar, a desigualdade de tratamento é a todo momento exercida na sociedade brasileira. À guisa de exemplo, são recorrentes as reclamações acerca de investigações criminais que, majoritariamente, somente são levadas a cabo se for do interesse de alguém politicamente influente, ou pertencente a determinados tipo de classe.

Outra hipótese também constantemente verificada, revela penas e tratamentos absolutamente díspares quando se está diante do enquadramento de uma pessoa flagrada portando drogas, para fins de seu enquadramento como usuário ou traficante. A experiência mostra que, na maioria dos casos, pessoas de classe média ou classe alta, costumam obter o privilégio de serem enquadradas como usuárias, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006. A maioria, pertencentes a outros segmentos, no entanto, não possuem em regra a mesma sorte e, com maior facilidade, são desde logo enquadradas como traficantes.

Especificamente com relação ao foro por prerrogativa de função, também conhecido como *privilegiado*, por estar claramente distorcido, acaba por merecer o adjetivo que carrega. E isso porque, não fosse a morosidade, o foro por prerrogativa de função, ao contrário do que hoje se verifica, seria capaz, em tese, de promover adequada e célere resposta nos processos submetidos ao STF, principalmente se considerado que há extrema limitação recursal e impossibilidade de buscar revisão em outra instância. Como bem destaca Carlos Henrique Borlido Haddad:

“Por maiores que sejam as críticas direcionadas ao foro privilegiado, uma vantagem

é inquestionável: se bem aplicado, a tramitação do processo seria mais célere. E como a morosidade é o traço estigmatizante do Poder Judiciário brasileiro, o foro privilegiado representaria o anticorpo para esse mal.

Em alguns casos, a ação penal originária tramitaria em instância única, tal como sucede nos processos que se iniciam e terminam no STF. Evitar-se-iam as sucessivas instâncias recursais e o natural prolongamento do tempo no processamento do feito. A morosidade processual, que é característica comum a todas as instâncias da justiça criminal brasileira, sofreria revés com a apreciação de ações condenatórias por um único órgão judicial ou sem submissão a infinitos recursos. As ações penais originárias poderiam ser marcadas pela ideal celeridade, que resultaria em rápidas condenações de agentes que se valeram dos cargos para o cometimento de ilícitos ou em aceleradas absolvições, que incidiriam sobre pessoas cujo *munus* exercido demanda que não paire, por longo tempo, suspeitas sobre a probidade de sua conduta. As sucessivas recursais provocam o elasticamento da duração do processo e, conseqüentemente, faz pender por mais tempo a espada da Justiça sobre o inocente indevidamente acusado ou sobre o culpado que se compraz com a demora que conduz à prescrição”. (HADDAD, 2012, p.410)

Fundamentando a necessidade repensar o foro privilegiado, o Ministro Luís Roberto Barroso afetou ao Plenário do STF o julgamento da **Ação Penal nº 937**, tendo abordado três pontos críticos. São eles, na verdade, justamente os pontos aqui debatidos, quais sejam, a injustiça prática que proporciona em favor de determinadas autoridades; a incapacidade estrutural do STF em processar e julgar as demandas penais, o que reflete em prejuízo para as principais atribuições constitucionais; e a inegável morosidade verificada no âmbito da Suprema Corte, provocadora de impunidade. Segundo o Ministro:

“O sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça. No presente caso, por exemplo, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação. De outro lado, a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais. A título exemplificativo, nesta ação penal, o Supremo é chamado a julgar um caso de compra de votos em eleição municipal por parte de um candidato à Prefeitura – que sequer estava no exercício da função. Difícil aceitar que esta matéria ocupe o Supremo Tribunal Federal”. (STF, online)

Prossegue o Ministro apontando dados estatísticos do próprio STF, que ratificam sua posição:

“As estatísticas evidenciam o volume espantoso de feitos e a ineficiência do sistema. Tramitam atualmente perante o Supremo Tribunal Federal um número próximo a 500 processos contra parlamentares (357 inquéritos e 103 ações penais). O noticiário sugere que este número vai aumentar expressivamente. O prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 565 dias. Um juiz de 1o grau a recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples. Desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram mais de seis dezenas de casos de prescrição da pretensão punitiva. A prescrição se dá, como é sabido, pelo decurso de prazo excessivo entre o fato criminoso e a atuação do Estado em puni-lo”. (STF, online)

O caso sob análise, e que deverá ter início de julgamento no fim do mês de maio de 2017, é emblemático. Processado por fatos estranhos ao mandato de deputado federal, quando sequer exercia o cargo, mas que ao final atraiu a competência do STF, o réu da Ação Penal nº 937 observou diversas alterações de competência, provavelmente satisfeito, posto que pronto para julgamento e com alegações finais apresentadas, seu processo assim está desde o final do ano de 2014.

Trata-se do caso de Marcos da Rocha Mendes, acusado da prática do crime de captação ilícita de sufrágio prevista no art. 299 do Código Eleitoral, quando da sua candidatura para o cargo de Prefeito do Município de Cabo Frio, Estado do Rio de Janeiro, nas eleições municipais de 2008. Por ter assumido o Executivo municipal, o réu teve denúncia recebida pelo Tribunal Regional do Rio de Janeiro (TRE) no dia 30.01.2013.

Por força do término do mandato de Prefeito, o TRE do Rio de Janeiro declinou de sua competência em favor da primeira instância (256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro). Conforme exposto no parágrafo anterior, tendo sido recebida a denúncia pelo TRE no ano 2013, o fato foi impugnado através de *habeas corpus* e o recebimento foi anulado pelo mesmo Tribunal, tendo em vista que à época do recebimento da denúncia o réu não mais ocupava o cargo de Prefeito. Com novo recebimento de denúncia por parte do magistrado de primeira instância, em 14.04.2014, o processo teve instrução processual regularmente desenvolvida, apresentando as partes, acusação e defesa, alegações finais nos meses de novembro e

dezembro de 2014, respectivamente.

Em função do afastamento de deputados federais integrantes do seu partido, o réu, que era suplente, assumiu o mandato de deputado federal em 10.02.2015, atraindo a competência do STF. Um ano após (14.04.2016), com a volta dos deputados eleitos aos seus cargos, o réu deixou o mandato. Poucos dias depois, em 19.04.2016, reassumiu o mandato e, em 13.09.2016, foi efetivado no mandato de deputado federal por força da cassação do mandato do ex-deputado Eduardo Cunha. Vencedor nas eleições municipais de 2016 para o Executivo do Município de Cabo Frio, o réu renunciou ao mandato de deputado federal para assumir a prefeitura em janeiro de 2017, o que atrairia, novamente, a competência do TRE do Rio de Janeiro.

Quase dez anos após o fato, e constatada que a suposta infração penal fora praticada ainda quando o acusado sequer detinha mandato eletivo (2008), percebe-se que a constante alteração de foro, na verdade, serviu apenas para evitar o seu julgamento. Soma-se a isso o fato de, pelo menos desde o final do ano de 2014, o processo já estar pronto para julgamento, o que somente não ocorreu em razão da morosidade mencionada e das constantes alterações, que, repita-se, em nada tem a ver com os mandatos assumidos.

No caso sob análise, inclusive, não se constata, aparentemente, qualquer abuso de direito ao assumir e deixar mandatos, bem como não houve, até o momento, início do julgamento, duas hipóteses em que, conforme já decidiu o STF, ensejariam a prorrogação da competência da Corte Suprema, nos termos dos precedentes Inq. 2.295, Ministro Menezes Direito, e AP 396/RO, Ministra Cármen Lúcia (NOVELINO, 2016, pag. 691).

Sem deixar de consignar que o tema deveria ser abordado através de emenda constitucional, o Ministro Luís Roberto Barroso ao afetar a questão ao Plenário do STF, leva para discussão a possibilidade de restrição às acusações por crimes praticados no cargo e em razão do cargo para o qual há previsão constitucional de foro por prerrogativa de função. Assim, sendo o fato praticado antes da investidura para o cargo, não haveria motivo para que um Senador eleito, por exemplo, fosse julgado perante o STF.

Conclui o Ministro afirmando que “essa interpretação se alinha com o caráter excepcional do foro privilegiado e melhor concilia o instituto com os princípios da igualdade e da república” (STF, online). Com razão. Afinal, se o Princípio Republicano busca justamente excluir privilégios próprios da Monarquia, esse, somado ao Princípio da Isonomia merece fundamental destaque com vistas a reparar as desigualdades e fazer valer que, perante a lei, todos tenham o mesmo tratamento. Na mesma linha, Alexandre de Moraes aduz que:

“Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o céu da Terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer com que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer a seus iguais; não procura não ter chefes, mas só ter como chefes seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão através das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que não o é: nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor”.

(MORAES, 2011, p. 58)

O movimento do STF, contudo, não foi ignorado pelo Congresso Nacional, tendo sido aprovada em primeiro turno, no âmbito do Senado Federal, em 26.04.2017, a Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 2013, que limita substancialmente o foro por prerrogativa de função.

A RESPOSTA DO SENADO FEDERAL

Destaque-se, de plano, que em pese a votação unânime (75 votos favoráveis) ocorrida no Senado Federal, tendo por objeto o primeiro turno de votação da Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 2013, não há motivos para vislumbrar que a maioria de seus membros esteja, efetivamente, empenhada em liquidar com o presente estado de paralisia que, pelas razões mencionadas nesse trabalho, confortam aqueles que são detentores de mandato eletivo e foro por prerrogativa de função perante o STF.

Saliente-se que a proposta tem por objeto acabar com o foro por prerrogativa de função para todas as autoridades, replicando o mesmo modelo para os Estados e fazendo subsistir, apenas, foro especial para os Chefes dos Poderes. A proposta revela, de plano, um passo maior e mais ousado do que fora proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso por questões técnicas. Afinal, não há como conceber qualquer interpretação de inconstitucionalidade do art. 102, inc. I, *b* da Constituição Federal, por ser essa cláusula incorporada ao texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário, somente sendo passível de alteração, portanto, mediante proposta de emenda à Constituição.

Em que pese o aguardado movimento ter sido iniciado, fato é que sua conclusão está longe de chegar. Ainda será necessária realização do segundo turno de votação no Senado Federal antes do projeto ser enviado para igual procedimento perante a Câmara de Deputados,

sempre dependente da aprovação de 3/5 de seus membros, somado ao fato de que muitos desses detentores de mandato eletivo não possuem, nesse momento, qualquer intenção de alterar a competência para processamento e julgamento de eventuais crimes praticados.

Seja como for, não se deve desprezar o esforço e as conclusões até aqui obtidas. Nesse sentido, oportuno ressaltar as considerações extraídas do Relatório do Senador Randolfe Rodrigues elaborado no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, as quais buscam nas principais democracias paralelos com o foro por prerrogativa de função existente no Brasil, para constatar, ao final, que esse modelo não mais se sustenta:

“Nos EUA, por exemplo, a lista de ex-políticos condenados e encarcerados não é discreta: naquele país, que é tido como expoente da democracia liberal, não há foro por prerrogativa de função para qualquer autoridade. Do Presidente ao servidor do mais singelo departamento público, todos se submetem ao juízo de primeira instância. Os foros especiais só existem quando o crime é político, os chamados crimes de responsabilidade, que sujeitam seu infrator ao processo de impeachment, cujo rito e natureza específica deste processo não tornam possível o seu julgamento por outro órgão que não os de índole essencialmente política (via de regra, o Senado da República).

Na França, onde a jurisdição é complexa e se subdivide em uma vertente de natureza propriamente judicial e outra de natureza de contencioso administrativo, o Conseil Constitutionnel (equivalente ao nosso STF) julga não mais que dois pares de altas autoridades em crimes comuns: o Presidente da República, o premiê e seus ministros. A Haute Cour de Justice (Alta Corte de Justiça), em relação às mesmas autoridades, se encarrega dos crimes de responsabilidade, sendo formada por senadores e deputados, em processo análogo ao nosso rito de impeachment. Todas as demais autoridades (incluindo parlamentares e juízes), na seara criminal, são julgados por órgãos judiciais de primeira instância: pelo Tribunal do Júri (Cour d'Assises), nos crimes dolosos contra a vida; ou no Tribunal de Police ou Tribunal Correctionnel, nas contravenções e demais crimes comuns respectivamente.

Na Itália (para aproximarmos da nossa matriz latina), não é muito diferente das demais Nações europeias: somente o Presidente da República se submete ao julgamento originário da Corte Constitucional, na hipótese de cometimento de ato atentatório à Constituição, nos crimes de responsabilidade. Mesmo o Presidente do Conselho de Ministros e os demais Ministros se sujeitam à jurisdição ordinária, desde que haja autorização do Poder Legislativo para tanto.

Em Portugal, somente o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Premiê se submetem à Suprema Corte no caso de crimes estritamente cometidos no exercício da sua função. Todos os demais crimes por eles eventualmente cometidos são de competência da Justiça Comum, após o término do

mandato. Parlamentares não possuem foro privilegiado, à exceção do Presidente da Câmara, naquele sistema unicameral.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn confere à Corte Constitucional o encargo de julgar o Presidente Federal no caso de crimes de responsabilidade, desde que devidamente autorizado pelas Câmaras do Parlamento, o *Bundestag* (equivalente à nossa Câmara) e do *Bundesrat* (equivalente ao nosso Senado Federal).

A experiência comparada é alvissareira em atestar que o fim do famigerado foro por prerrogativa não é fator de instabilidade para as instituições: ao contrário, reforça o seu vigor democrático e o império da lei, conferindo-lhe, em sentido diametralmente oposto, bastante estabilidade”. (SENADO FEDERAL, 2013)

As hipóteses de foro por prerrogativa de função, no direito comparado, como visto, quando existentes, são muito remotas. Na verdade é a sua inexistência que faz reforçar a ideia de igualdade entre autoridades e população, fato que no Brasil ainda carece de adequado entendimento por parte de muitos dos agentes públicos, que insistem em associar, infelizmente, autoridade com impunidade.

IDEIAS EMBRIONÁRIAS

A despeito do movimento verificado no âmbito do Senado Federal para abolir o elástico Foro por prerrogativa de função, limitando-o consideravelmente, o que se apresenta mais iminente é mesmo uma nova interpretação por parte do STF para fins de aplicação do foro especial constante do art. 102, Inc. I, *b* da Constituição Federal. A alteração mediante Proposta de Emenda Constitucional, pelos motivos já expostos, deve ainda aguardar a composição da próxima legislatura que será definida em 2018, para que então possa ser concluída, acredita-se.

No entanto, conforme também sustentado no presente trabalho, como forma de atualizar os mecanismos de controle e preservação do prestígio das instituições, não só o foro por prerrogativa de função merece ser revisitado pelo constituinte derivado. A nomeação dos Ministros da Corte, ainda que passem a não ser mais responsáveis pelo processamento e julgamento de ações penais de membros de outros Poderes e autoridades, merece igualmente ser objeto de reflexão.

A Corte constitucional carrega consigo outras atribuições, como o controle de constitucionalidade realizados pelas ações diretas de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Com

relação a essa última ação, note-se que sua utilização fora decisiva em dois episódios recentes da cena política nacional, quais sejam, o processo de impeachment da Ex-Presidente Dilma Rousseff (ADPF 378 MC/DF), e o afastamento do Presidente do Senado da sua posição, e posterior impedimento de assumir temporariamente a Presidência da República, em razão da qualidade de réu que ostenta perante o STF (ADPF 402/DF).

Os exemplos acima demonstram como até mesmo ações de controle concentrado estão aptas a gerar desconforto de um Poder no outro, o que, se partir de um modelo amplamente independente na sua composição, seguramente contribuirá para ampliar a liberdade com que se julga e afastar eventuais desconfianças acerca da existência de interesses privados embutidos no conteúdo das decisões.

Finalizando, registre-se a hipótese de se criar um modelo de nomeação que leve em conta a elaboração de uma lista, para eleição de candidatos, aprovados em eleição não obrigatória, cujo resultado, posteriormente, deveria ser objeto de sorteio, a fim de se definir o ocupante de uma vaga perante a Suprema Corte. Ou então, imagine-se uma eleição, também não obrigatória, para eleger uma comissão de notáveis, que, por sua vez, deliberariam soberanamente acerca de um nome para a vaga.

A ideia não é exatamente nova e já foi objeto de consideração por Aristóteles na obra *A Política*, cujo trecho segue abaixo:

“Falemos agora da nomeação dos juizes, objeto ainda mais interessante para o Estado e que, se mal concebido, acarreta sedições e, às vezes, revoluções. É preciso necessariamente que aqueles que devem julgar todas estas espécies de casos sejam nomeados ou por uma ou por outra destas maneiras, a eleição ou o sorteio; ou para todas as espécies de matérias, parte por eleição, parte por sorteio; ou, para certos casos, por uma ou outra destas mesmas maneiras”.

Nos limites do presente trabalho, cumpre considerar que o início de uma transformação acerca do encerramento, ou pelo menos substancial restrição do foro por prerrogativa de função, seria desejável que fosse, ao mesmo tempo, acompanhada de uma reforma no modo de escolha dos Ministros do STF, fato que, como dito, contribuiria ainda mais para o seu fortalecimento.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se compreender, e criticar, o atual modelo de

separação de poderes, concentrando a análise especialmente na relação existente entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no que se refere ao rito de indicação e aprovação de nomes para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Sem prejuízo, foi defendida a tese de que, quanto mais independência na indicação do nome, e maior desvinculação da escolha dos demais Poderes, maior também será a credibilidade das decisões proferidas pelos Ministros da Corte.

No mesmo sentido, sendo certo que o fim da existência do foro por prerrogativa de função, ou pelo menos a sua considerável restrição, não é por si só capaz de resolver eventuais conflitos de interesse quando da prolação de decisões pelo STF, pretendeu-se demonstrar que até mesmo em demandas constitucionais de controle concentrado, a tentativa de sobreposição de interesses particulares sobre a efetiva separação dos Poderes pode tentar se impor, ante o efeito político que suas decisões possuem.

Assim, acredita-se que o momento de expectativa por mudanças, e o já iniciado processo de emenda constitucional inaugurado, no que diz respeito ao foro por prerrogativa de função, poderia, também, dar lugar uma nova forma de indicação para composição que afaste ou pelo menos reduza, consideravelmente, a influência dos demais Poderes na composição do Tribunal que possui a missão constitucional de limitar, nas hipótese previstas, a atuação dos agentes integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ato institucional nº 1 (1964)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 510 (1890)**. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&d ata=18900622&link=s. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 (1969)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 20 maio. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição nº 10, de 2013**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>. Acesso em maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 937 Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ap937QO.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 378 MC/DF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF_378_Ementa_do_voto_d o_ministro_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/referendoADPF402CM.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **A dimensão do foro privilegiado**. *Revista dos Tribunais*. Vol. 924. p. 393-413. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Reform., ren. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NETO, João Pedro Gebran. **Nomeação de ministros às cortes superiores**. CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.