

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TEMPO DE MUDANÇA E DE FORTALECIMENTO

PAULO FERNANDO SILVEIRA

JUIZ FEDERAL APOSENTADO.

JURISTA.

ESCRITOR.

MEMBRO DA ACADEMIA DE LETRAS DO TRIÂNGULO MINEIRO-ALTM.

Resumo: Comemorando os vinte (20) anos de existência da Constituição de 1988 – a Constituição-Cidadã na expressão de Ulisses Silveira Guimarães – este artigo enfoca a premente necessidade de mudança de mentalidade do judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, como poder não eleito, de característica antimajoritária, de modo a se tornar, de fato, um poder político independente, de igual dimensão constitucional dos demais ramos eleitos governamentais, de cunho majoritário, que elaboram as medidas-provisórias, leis e as emendas constitucionais. Assim, poderá – mediante aplicação dos princípios constitucionais, sem esperar pela vinda de leis – proteger, com efetiva eficácia, sua própria independência e o exercício dos direitos individuais, de cunho minoritário, sem perda de sua missão constitucional de freios e contrapesos.

Palavras-chave: A independência do judiciário. Poder antimajoritário. Necessidade de mudança de mentalidade do judiciário. Controle das medidas-provisórias, leis e emendas constitucionais com base na doutrina dos freios e contrapesos. Aspectos majoritários da legislação. O judiciário como defensor de sua própria independência e dos direitos individuais. Cunho minoritário destes.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um passado honrado, porém constitucionalmente nada enaltecedor, do judiciário brasileiro. 3. Alguns aspectos a considerar. 4. Em defesa de sua independência. 5. Em defesa da Constituição. 6. Em defesa do poder legislativo. 7. Valorização política das decisões do Supremo Tribunal Federal. 8. Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal. 9. Da quebra do princípio do devido processo legal (*due process of law*). 10. Imunidade parlamentar. 11. Conclusão. 12. Abstract. 13. Referências.

Abstract: *Celebrating the 20th anniversary of the 1988 Constitution – the citizen Constitution as it was called by Ulisses Silveira Gimarães – this article focuses the pressing necessity of a change in the judiciary mind, mainly by the Justices of the Federal Supreme Tribunal, as a non elective power, characteristically antimajoritarian, in order to become, **de fato**, an independent politic power, in the same constitutional dimension of the two other majoritarian governmental branches, which make laws and constitutional amendments. Acting so it will protect – with effective efficacy, applying the constitutional principles, without waiting for the coming of the laws – its own independence and the individual civil rights, of minoritarian aspect, without loss of its checks and balances constitutional mission.*

Key words: *The independence of the Judiciary. Antimajoritarian power. Necessity of a change in the judiciary mind. Control of the **medidas-provisórias**, laws and constitutional amendments by the checks and balances doctrine. The majoritarian characteristics of the laws. The judiciary as the guardian of its own independence and of the civil rights. Both have minoritarian aspects.*

INTRODUÇÃO

Passar a ser, efetivamente, um corpo político independente, da mesma importância dos demais ramos governamentais, de sorte a exercer, como poder não eleito, de característica antimajoritária, a defesa dos direitos individuais, eminentemente minoritários, em face das leis e emendas constitucionais elaboradas pelos poderes eleitos, de feição majoritária, constitui o maior desafio a ser enfrentado pelo judiciário brasileiro, mormente pelo Supremo Tribunal Federal.

1. Um passado honrado, porém constitucionalmente nada enaltecido, do Judiciário brasileiro

A Constituição Republicana de 1891 foi, sabiamente, copiada por Rui Barbosa da Constituição Americana de 1787. Lá, o poder judiciário constitui um poder político, visto que por força interpretativa da *Supreme Court* foi instituído o *judicial review*, pelo qual o juiz pode anular as leis aprovadas pelos poderes eleitos (Legislativo e Executivo). Desprezou-se o modelo francês de repartição dos poderes, então em voga, pelo qual o Judiciário é escravo da literalidade da lei, sem força política para anulá-la. Ao adotar o paradigma constitucional americano, visou-se libertar o poder Judiciário brasileiro do jugo do Executivo, vez que até então o imperador, no exercício acumulado do poder Executivo e do poder moderador, podia nomear e demitir juízes, de acordo com sua exclusiva conveniência. Pela primeira vez na história brasileira o Judiciário foi equiparado politicamente aos demais ramos governamentais, ao lhe conferir o poder de ser a última palavra na interpretação da Constituição e das leis a ela subordinadas. Esse assunto será mais bem explicado no item 5.1 abaixo.

Contudo, tal equiparação até agora não ocorreu, de fato, plenamente. Se, formalmente, a teor das diversas constituições que permearam o período republicano, recheado de atos arbitrários do executivo, exercido, quase sempre, por governo ditatorial, o Judiciário sempre foi considerado um poder político, na prática ele nunca desempenhou, com a amplitude autorizada pela Carta Política e requerida por uma sociedade escravizada pelas leis, sua missão constitucional, notadamente a de defender os direitos individuais contra os ataques do Estado.

Fraco e cambaleante, o Judiciário brasileiro sempre optou pelo formalismo, priorizando o positivismo da lei, aceitando-a tal como expressa, salvo pequenas interpretações vernaculares, sem lhe agregar, em face dos princípios constitucionais, algum valor social adicional, ou restringir-lhe, por força desses mesmos princípios, os privilégios e desigualdades nela contidos. Daí por que, no Brasil, pouca diferença faz a raça, o sexo e a religião do juiz, ou se tem visão conservadora ou progressista

do mundo, se é culto ou bisonho (desde que passe no concurso), já que ele – preso à literalidade da lei, conforme a história comprova – não vai interferir na valorização da norma jurídica, cujo conteúdo e abrangência sempre foram delineados, de modo inalterável, pelos poderes eleitos (Legislativo e Executivo).

Passar a ser um poder político, de modo a ajudar a construir uma nação, tão carente de diretivas sábias e desinteressadas, de modo a, sentido as reais necessidades do povo, em cada momento histórico, exercer o seu papel constitucional, confrontando-se, necessariamente, com o poder Executivo na interpretação da Constituição e balizando as leis dentro dos princípios ali expressos (já que o Legislativo historicamente sempre se comportou como mero apêndice do Executivo, vergando-se aos interesses do governo que está, momentaneamente, no poder), revela-se uma necessidade premente de nosso Judiciário, capitaneado, é lógico, pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser o primeiro a dar o exemplo e não aquele que, costumeira e decepcionantemente, tem anulado as iniciativas das esferas inferiores.

Ultimamente, após mais de um século de pseudorrepública democrática – os períodos ditatoriais dos governos de Artur Bernardes (1922/1926), de Getúlio Vargas (1930/1945) e dos militares (1964/1985) contribuíram para a fragilidade do Judiciário, pois nesses períodos sua jurisdição foi diminuída, ora por emendas constitucionais, ora por atos institucionais –, o Judiciário, principalmente suas cortes inferiores, tem, devagarzinho, procurado se firmar como poder político. Não obstante, falta mudar muito a cultura legalista/positivista que está entranhada na mente dos juízes. Longo é o caminho e muitas lutas ainda terão de ser travadas até que o Judiciário adquira, de fato, seu *status* constitucional de poder político.

2. Alguns aspectos a considerar

Para se tornar um poder político independente, o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, necessita, *data venia*, alterar sua mentalidade judicial (*judicial mind*), tais como as abaixo elencadas, a fim de ajudar a realizar o bem-estar social por meio de interpretação construtiva da Constituição – sem esperar por leis que regulem as normas constitucionais – ao regram os casos que lhe forem submetidos, ainda que deflagre o inevitável confronto com o poderoso poder Executivo. Em uma democracia, o ocasional embate entre os poderes políticos é essencial, necessário e salutar.

3. Em defesa de sua independência

3.1. Provimentos definitivos

Tem-se como evidente por si que, como regra, toda vez que o Estado brasileiro legisla, por meio de seus poderes eleitos, majoritários, por qualquer meio (emenda constitucional, lei e medida provisória), o indivíduo perde, imediatamente, dinheiro (em casos de tributação e multas administrativas) ou parte de sua liberdade (restrições administrativas e/ou tipificação de antiga conduta, antes lícita, agora como tida delituosa). Mesmo os direitos assegurados na Constituição raramente são plenamente contemplados na legislação que, às vezes, ignora-os ou não lhes dá eficácia. Dificilmente aparece uma lei concessiva de direitos outros que não os já mencionados na lei fundamental.

Daí surge a necessidade, em uma República Democrática, da existência do poder Judiciário independente, como poder não eleito, por isso mesmo de feição antimajoritária, para controlar os ramos eleitos, a fim de que só atuem dentro dos precisos termos em que autorizados pela Constituição, considerados, principalmente, os princípios fundamentais, os valores sociais e os direitos individuais nela inseridos, superiores que são às regras constitucionais e às leis, estas de inferior hierarquia.

Justamente pela magnitude de sua missão constitucional, o Judiciário não pode ser usado pelos ramos majoritários a fim de escoimar da lei suas impurezas, mediante pronunciamento feito somente com base na análise em tese, antes de se saber os seus múltiplos e incertos efeitos sobre o povo, ou antes de se ter, com base nela, um caso concreto submetido a exame por uma instância inferior. Há de se modificar, pois, o atual modelo de controle constitucional concentrado.

Com efeito, por conta dele, figura na Constituição a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual – ADI e a Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal – ADC (CF-art. 102, I, a).

A ADC se distingue da ADI, já que esta opera em favor do povo, contra a ação legislativa governamental, que restringe direitos ou impõe tributos, sanções ou obrigações ao indivíduo, enquanto que pela primeira o governo tenta obter, antecipadamente, já prevendo que a lei será atacada por inconstitucionalidade perante o Judiciário de primeiro grau, uma bênção saneadora do Supremo Tribunal, de modo a fazer calar aqueles que contra ela, fatalmente, se insurgiriam.

Não obstante sua nobre finalidade, a ADI resente-se de dois vícios perigosos: a supressão da instância e a solitária decisão de cúpula. A cláusula do devido processo legal (*due process of law*), contida nos itens LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, abomina, como inconstitucionais, decisões das quais não

caibam recursos. Por isso, o dispositivo ressalta o direito à ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.

Como o Supremo Tribunal Federal é a maior e última instância, das decisões por ele proferidas não cabem recursos para nenhum outro tribunal. Aí reside o perigo para o regime democrático. Bem apropriado ao caso, apresenta-se a advertência do *Chief Justice* Warren E Burger, da Suprema Corte Americana, quando diz:

Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso do que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises [...] Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública, ou pessoal que a opera, pode estar acima do debate público.¹

Para se vencerem esses dois obstáculos, o melhor será, em se mantendo o controle concentrado de inconstitucionalidade, impor o duplo grau de jurisdição, com os recursos inerentes, como quer a Constituição, em face do princípio do devido processo legal, por ela adotado, que prevalece sobre a norma constitucional. Assim, em uma interpretação construtiva, admitir-se-á a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), desde que seja ajuizada, pelas pessoas elencadas na carta política, perante os Tribunais Regionais Federais.

Já no que concerne à Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), ela é, *permissa venia*, intolerável em face dos princípios que informam e dão fundamento à nossa Constituição Federal. O dispositivo que a autoriza é, a meu ver, inconstitucional, pois fere o princípio da separação dos poderes, eis que em razão deste o Supremo Tribunal Federal, como poder político independente, não pode funcionar como mero parecerista, para dizer a pedido do governo, *a priori*, na ausência de um caso concreto, envolvendo uma disputa litigiosa, já apreciada pelas cortes inferiores, que uma lei ou ato normativo federal é constitucional.

Ao se sujeitar à literalidade desse preceito, o Supremo Tribunal Federal – com o devido respeito –, despe-se de sua dignidade constitucional, ficando subordinado aos outros ramos governamentais, que o utilizam como emissor de parecer teórico sobre a virtual constitucionalidade de uma lei, ou ato normativo federal, já que ninguém, de bom senso, pode prever os inúmeros ângulos de inconstitucionalidade que um ou outro pode, de fato, suscitar no mundo real. Mesmo as palavras, constantes das próprias normas constitucionais, não podem, antecipadamente, ter seu sentido fixado de modo perene, nem antevistas como tendo um só significado, nem pelo mais dotado dos seres humanos, ou o mais renomado de seus intérpretes, quando esses vocábulos forem confrontados com os fatos, cambiantes, multiformes e variados no tempo, da vida real.

¹ WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 7.

Vale lembrar que também nos Estados Unidos o Poder Executivo tentou despojar a *Supreme Court* de sua independência, transformando-a em Corte de consulta (*advisory opinion*), o que foi rejeitado por ela, como exposto em meu livro *Devido Processo Legal – Due Process of Law*:²

A experiência demonstrou a sabedoria das ponderações de Hamilton. Mesmo na América, o judiciário demorou a conquistar um lugar de honra como poder político equivalente aos demais. O primeiro teste aconteceu logo no início da república. Bernard Schwartz relata que em 1793, o presidente Washington, através de uma correspondência encaminhada aos Justices por Jefferson, então Secretário de Estado, procurou aconselhamento da Suprema Corte numa série de problemáticas questões abstratas sob a égide do direito internacional, que já haviam ocorrido ou poderiam ocorrer brevemente. O Chief-Justice John Jay e seus associados primeiro adiaram a resposta até a reunião da Corte e, então, três semanas depois, responderam polidamente, mas firmemente, declinando dar a solicitada resposta.³

Laurence Tribe ensina que as Cortes Federais são barradas pelo requisito do caso concreto controverso de decidirem questões abstratas, hipotéticas ou contingenciais. A proibição remonta à celebrada recusa da Suprema Corte, na gestão do *Chief-Justice John Jay*, de aconselhar informalmente o presidente Washington sobre questões relacionadas à neutralidade dos Estados Unidos na Guerra Europeia de 1793 e por uma anterior recusa, por um membro daquela mesma Corte, em dar aconselhamentos extrajudiciais ao Congresso e ao secretário da Guerra sobre requerimentos de pensões.⁴

Desde então, considerou-se inconstitucional a apreciação de casos abstratos ou hipotéticos. A adjudicação judicial só poderá ocorrer em face de um caso concreto. Esclareceu-se que um caso ou controvérsia no sentido de um litígio maduro e certo para adjudicação constitucional pela Corte implica uma real contenda. (*A case or controversy in the sense of a litigation ripe and right for constitutional*

² SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal – Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed, 2001, p.104-106.

³ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. USA: Oxford University Press, 1993, p. 25: In: 1793 President Washington, through a letter sent to the Justices by Secretary of State Jefferson, sought the advice of the Supreme Court on a series of troublesome “abstract questions” in the realm of international law “which have already occurred, or may soon occur”. Chief-Justice Jay and his associates first postponed their answer until the sitting of the Court and then, three weeks later, replied politely but firmly, declining to give the requested answer.

⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988, 2nd ed., p. 73: *The ban on advisory opinions traces from the Supreme Court’s celebrated refusal under Chief-Justice Jay to advise President Washington informally on questions relating to the neutral status of the United States in the European war of 1793, and from the earlier refusal by members of that same Court to give extrajudicial advice to Congress and the Secretary of War on pension applications.*

adjudication by this Court implies a real contest). Um ano antes, no caso *Hayburn* (1792), os *Justices* haviam decidido que não poderiam, como juízes, emitir decisões que seriam sujeitas à revisão por outro corpo ou autoridade do governo. (*As judges, render decision that were subject to revision by some other body of officer*).⁵

Daí por que se me afigura inconstitucional o art. 28, do Código de Processo Penal, que determina ao juiz, se não concordar com o pedido de arquivamento do inquérito policial, que o remeta, com as suas razões, ao procurador-geral para este decidir se oferece a denúncia ou insiste no pedido de arquivamento, quando então o juiz é obrigado a atendê-lo. O correto – já que o pronunciamento judicial (cuja força não pode ser ignorada por nenhuma autoridade) só pode ser cassado ou reformado dentro da própria esfera do Poder Judiciário, por meio dos recursos postos à disposição do prejudicado, no caso o Ministério Público – é que o promotor de justiça colha antes, administrativamente, o assentimento do procurador-geral, ou do órgão especial encarregado desses casos, permitindo seu encerramento e já venha a juízo munido desse consentimento, quando, então, o magistrado acatará o pedido em respeito à posição do Ministério Público como senhor da ação penal (defensor dos interesses da sociedade).

3.2. Limitação da competência jurisdicional

Decorre do princípio da separação dos poderes que nem o Legislativo (através de emendas constitucionais e leis) nem o Executivo (no Brasil, por Medidas Provisórias) pode, constitucionalmente, impor atribuições outras ao Judiciário, que não sejam próprias desse poder, ou retirar de sua competência privativa o que for inerente ao seu poder, ou determinar que o exercício deste seja executado de outra forma, que não a jurisdicional, isto é, de maneira judicial, mediante decisões e julgamentos proferidos dentro de um processo, com efeito de provimentos cautelares ou sentenças definitivas, não sujeitos à revisão pelos outros departamentos do governo, salvo quando superados por emendas constitucionais.

A verdade dessa proposição, que tem origem no princípio acima, é manifesta, uma vez que a Constituição, pelo princípio da separação dos poderes, atribui ao Judiciário a jurisdição e especifica sua competência. O poder de dizer o direito, mediante julgamentos, não pode ser restringido ou anulado, sob pena de inconstitucionalidade. A função do juiz de primeiro grau de julgar os casos que lhe são apresentados e dos tribunais de julgar apelações decorre diretamente dos princípios democráticos adotados pelo regime de governo e tem como fonte direta a própria carta política. Além do mais, o poder concedido ao Legislativo para modificar, por meio de emendas, a competência dos órgãos jurisdicionais só se

⁵ SCHWARTZ, Bernard. Op.cit.

admite quando não abole, destrói ou diminui a jurisdição destes. Por meio de lei, ele não pode alterar as competências constitucionalmente atribuídas.

Convém lembrar, neste momento, a opinião do Justice Curtis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, lançada há mais de um século e, ainda, considerada como estrela polar das limitações do Congresso em termos de abordagem, pelo Legislativo, do exercício do poder jurisdicional (*Murray's Lessee v. HobokenLand and Improvement Co.-1855*). Para ele – o que se tornou doutrina pacífica na América do Norte –, o Congresso não pode retirar do conhecimento judiciário qualquer assunto que, pela sua natureza, é objeto de uma ação pelos costumes ou pela equidade, ou pelo almirantado, nem, na outra mão, trazer para apreciação do Poder Judiciário uma matéria, que, pela sua natureza, não é sujeita à determinação judicial.⁶

Em razão disso, no Brasil, a jurisdição faz parte do núcleo pétreo, contida no princípio da separação dos poderes e nas garantias dos direitos e garantias individuais, ambos não modificáveis por Emenda à Constituição (CF, art. 60, § 4º). Portanto, há limitações que recaem sobre a maioria, ainda que sua vontade seja instrumentalizada mediante emendas constitucionais ou por leis, oriundas dos poderes eleitos, majoritários. A respeito, adverte Robert H. Bork:

Há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democraticamente que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para a liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesses aspectos da vida uma tirania [...] A tirania da maioria ocorre se a legislação invade as áreas próprias deixadas para a liberdade individual [...].⁷

E, ao Poder Judiciário, compete, obrigatoriamente, proteger-se das intrusões dos outros poderes e, precipuamente, assegurar os direitos fundamentais.

Alexander Hamilton, no *Federalista* nº 78, salientou, de forma lapidar, essa função magna atribuída ao Judiciário, *verbis*:

É muito mais racional supor que as Cortes foram desenhadas para ser um corpo intermediário entre o povo e o legislativo, de modo, entre outras coisas, manter o último dentro dos limites designados para sua autoridade. A interpretação das leis é a província própria e peculiar das Cortes. A constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes, como uma lei fundamental. Por consequência, pertence a eles

⁶ TRIBE, Laurence H. Op.cit., p.51: *We do not consider Congress can either withdraw from judicial organization any matter which, from its nature, is the subject of a suit at common law, or in equity, or admiralty; nor on the other hand, can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination.*

⁷ GARVEY, John H. and Aleinikof, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. USA: West Publishing Co., Second Edition, 41: *There are some things a majority should not do to us no matter how democratically it decides to do them. These are areas properly left to individual freedom [...].*

declarar seus significados, como também o sentido de qualquer ato particular proveniente do corpo legislativo. Se acontecer de haver uma variação entre elas, aquela que tem obrigação e validade superior deve, certamente, ser preferida; ou, em outras palavras, a constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes.⁸

Note-se que as nossas constituições republicanas, desde a primeira de 1891, sempre adotaram o modelo americano, do qual são cópias quase fiéis no que se refere à estrutura do governo e à repartição das competências políticas constitucionais e à independência dos ramos Legislativo, Executivo e Judiciário.

3.2.1. *Relaxamento de prisão de deputado e senador pela respectiva Casa*

Em face do acima exposto, é inconstitucional, por desafiar o princípio da separação dos poderes, a regra constitucional que autoriza o relaxamento de prisão de deputados e senadores por voto da maioria dos membros das respectivas Casas (CF-art.53, § 2º).

Essa regra é inconsistente com o princípio da separação dos poderes, pelo qual se atribui ao Judiciário, com exclusividade, dizer a última palavra sobre *o que a lei é*, sendo que, no caso, há uma usurpação de funções, pois o Legislativo não tem a função nem o poder de julgar criminalmente (tarefa afeta constitucionalmente o Poder Judiciário), só podendo proferir julgamentos nos processos administrativos de seus servidores (sujeitos à revisão pelo Judiciário), ou politicamente, nos casos previstos de *impeachment*.

Não se argumente que o caso está previsto na própria lei fundamental. Repudia esse raciocínio o fato de que as regras constitucionais hão de guardar sintonia com os princípios constitucionais (no caso, o da separação dos poderes e o da igualdade de todos perante a lei), que estão acima das regras e, por isso, são prevalentes. Atente-se que há na Carta Política diversas normas, nela inseridas inconstitucionalmente. Esse só fato não as torna intocáveis.

Tome-se, por exemplo, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 20/1998, que inseriu o inciso VIII, no art. 114, da Constituição Federal (repetido pela emenda 45/2004), determinando que a Justiça do Trabalho proceda, *de ofício*,

⁸ HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. USA: The Easton Press, 1979, p. 522-523: *It is far more rational do suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.*

à execução das contribuições sociais a favor da seguridade social, decorrentes das sentenças por ela proferidas, como demonstrei largamente em outro lugar,⁹ cujos argumentos são aqui resumidos. São três as inconstitucionalidades do dispositivo constitucional, a ver: 1. Torna a Justiça do Trabalho em parte exequente, como substituta processual do INSS, o que é uma evidente aberração constitucional, pois um poder político (o Judiciário) passa a funcionar como representante do outro ramo governamental (Executivo), do qual é e tem que se manter independente, e não em posição dúplice, isto é, de credor exequente e julgador da execução, o que não é tolerável; 2. A Justiça do Trabalho atua usurpando a competência, absoluta e improrrogável, da Justiça Federal, única competente para o julgamento das execuções dos créditos da União e de suas autarquias federais (CF –art.109, I). A delegação à justiça estadual, nas comarcas do interior, também é inconstitucional. 3. A constituição do crédito tributário – no caso, a própria sentença trabalhista – não é sustentável ante o princípio do devido processo legal, albergado na lei fundamental (CF– art.5º, incisos LIV e LV), eis que, diferentemente da lide trabalhista, da qual decorre, o crédito tributário segue normas específicas quanto à sua Constituição, nos termos do Código Tributário Nacional, pelo qual se permite ao suposto devedor o exercício da mais ampla defesa no decorrer das várias fases de sua apuração (autuação, lançamento, notificação e inscrição na dívida ativa).

3.2.2. *Concessão de liminares*

De igual maneira, são inconstitucionais as leis, como algumas já existentes, que restringem a outorga de liminares em determinadas matérias, ou que obrigam o juiz a ouvir, antes, determinado órgão do Executivo, já que a concessão de liminar, estando presentes a plausibilidade do direito e o risco de iminente ameaça a ele ou de perda dele, é da essência mesma do Poder Judiciário (ele foi criado justamente para aferir a constitucionalidade das leis e proteger os direitos individuais), função primordial esta que não pode ser encurtada pelos demais ramos do governo que elaboram as leis.

Revela-se sem sentido falar-se em “indústria de liminares” quando o provimento judicial cautelar ou definitivo reveste-se, ontologicamente, da obrigatoriedade de ser concedido, quando assim o juiz entender, ante a missão constitucional atribuída unicamente ao Judiciário de agir em defesa de direito lesionado ou para evitar ameaça de seu perecimento ou extinção. Ademais, a liminar concedida em primeiro grau pode ser submetida, por meio dos recursos próprios, à apreciação dos tribunais que imediatamente a cassarão se for abusiva ou ilegal.

⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 293.

Viu-se que a lei não pode limitar a função primordial do Supremo de ser a última palavra na interpretação da magna carta, sendo que sua decisão só pode ser superada por uma emenda constitucional. Todavia, o procedimento de se fazer a própria emenda está inserido de forma incorreta na Constituição Brasileira, posto que ele fere, gravemente, o princípio do federalismo. Simultaneamente, essa irregular forma de emenda viola o princípio da separação dos poderes e põe em risco a independência dessa Corte Suprema, ante a ameaça que sofre, a todo tempo, de os congressistas, em não lhes agradando a decisão, fazerem, de pronto, uma emenda constitucional para anulá-la. Isso é constitucionalmente insustentável, como se verá no tópico próprio, abaixo.

Quanto ao fato de o dispositivo limitador da jurisdição constar da própria Carta Política, ou ter sido nela inserido por meio de emenda constitucional, nada impede o Supremo Tribunal Federal de lhe negar efeito, já que todas as normas constitucionais se submetem aos princípios constitucionais, prevalentes, máxime os estruturantes da Nação, que são primordiais, tais como o federalismo, o da separação dos poderes e o da moralidade pública.

3.2.3. *Ausência de lei regulamentadora de dispositivos constitucionais*

De outra sorte, o Supremo Tribunal Federal não pode, *data venia*, omitindo-se e abdicando de sua obrigatória missão constitucional, deixar de interpretar as normas constitucionais, sob o falso argumento de que dependem, ainda, da edição de lei regulamentadora.

Ora, na falta de lei e no exercício de sua função de intérprete final dos princípios e normas embutidos na Constituição, ele deve, nos seus julgamentos, para ajudar a construir o arcabouço jurídico do País, reger o caso concreto, balizando constitucionalmente seus contornos e especificando o alcance do direito posto em juízo. A lei, se vier, terá de respeitar essa orientação, podendo, contudo, ampliar o direito, estendendo-o a outras hipóteses não contempladas na decisão da Corte.

Como o Supremo Tribunal não pode obrigar o Congresso Nacional a legislar, deve, ao julgar o caso concreto de norma não regulamentada por lei, traçar as linhas mestras do direito em exame, assegurado pela norma, aplicando, para esse fim, os princípios constitucionais ou o valor intrínseco inserido na norma questionada. O que não se pode permitir é o desprezo e abandono do valor contido na regra constitucional por falta de lei regulamentadora. Na lei fundamental não há vocábulos vazios de conteúdo, nem palavras mortas ou ineficazes. As regras, ditas programáticas, nasceram para se realizar. Do contrário, constituem normas que só conferem direito na aparência, apenas decorando a Carta Política. São, portanto, enquanto não se realizarem, de valor nenhum.

Marks e Cooper analisam casos semelhantes enfrentados pelo Judiciário americano ante a inércia legislativa. Trazem a lume, primeiramente, uma decisão negativa da Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte (ex. rel. *Vogel v. Garass*, em 1978), afirmando que “como regra geral, quando uma constituição estadual recomenda uma ação legislativa, impõe um dever moral às legislaturas, que o Judiciário não pode forçar”.

Logo depois, em outro caso (*Dade county Classroom Teachers Association v. Legislature*, em 1972), explicam que a Suprema Corte do Estado da Flórida

respondeu ao fracasso do legislativo em editar a legislação recomendada pela constituição, de modo a garantir que os empregados públicos pudessem efetivamente engajar num acordo coletivo. A corte concedeu que não poderia forçar o legislativo a editar a legislação prevista. Todavia, não disse, como fez a Suprema Corte do Estado de Dakota do Norte que não existia remédio. A corte aconselhou o legislativo que se, dentro de um prazo razoável, ele não seguisse o mandamento constitucional, o tribunal ‘não teria outra escolha senão introduzir tais linhas mestras através de decreto judicial, de tal maneira que pareça ao tribunal melhor adaptados a encontrar os requerimentos da constituição. A ameaça foi suficiente. O legislativo logo após, bem depressa cumpriu com seu dever constitucional.¹⁰

Mesmo as normas programáticas, tidas pela doutrina brasileira como inaplicáveis senão após a mediação do legislador, são, à luz do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, inerentemente de imediato exequíveis, bastando ao Judiciário dar-lhes eficácia gradual, de conformidade com as possibilidades materiais da conjuntura histórica do momento.

Canotilho, igualmente, repudiou essa interpretação restritiva – tão ao gosto dos que, escondendo-se atrás da lei, não têm de tomar posições inovadoras, naturalmente incômodas – ao dizer:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem”

¹⁰ MARKS JR., Thomas C. and Cooper, John F. *State Constitutional Law*. USA: West Publishing, 1988, p. 30: *In: that case, the Florida Supreme Court responded to the legislature’s failure to enact legislation mandated by the constitution to ensure public employees could effectively engage in collective bargaining. The Court conceded that it could not force the legislature to enact the mandated legislation. It did not, however, concede as did the North Dakota Supreme Court in Garass, supra, that no remedy existed. The Court advised the legislature that if, within a reasonable time, the legislature had not followed the constitutional mandate, the court would have no choice but to fashion such guidelines by judicial decree in such manner as may seem to the court best adapted to meet the requirements of the constitution [...]. This threat was sufficient. The legislature thereafter speedily complied with its constitutional mandate.*

materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelo ao legislador”, “programas futuros”, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às “normas programáticas” é reconhecido hoje um valor jurídico constitucional idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela “interpositio” do legislador; é a positividade das normas-fim e normas tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1. vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2. vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3. vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às “normas programáticas”, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre “norma jurídica actual” e “norma programática” (Aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são “actuais”, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, “simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor”(Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de “apelação directa” e em que medida é exequível por si mesma.¹¹

O fato de a magna carta trazer dispositivos que nunca foram dotados de eficácia pelo Judiciário, que ficou no aguardo de legislação a ser editada pelos congressistas, quebra também um princípio básico inerente ao sistema legal: a lei

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 1996, p. 184-185.

deve trazer estabilidade, mas é também movimento, devendo acompanhar, em sua dinâmica, a mudança dos tempos. O excesso de leis, porém, causa mais instabilidade social do que a existência de poucas, que geralmente são conhecidas pelo povo e por ele colocadas em prática. À norma estática e genérica – que já nasce literalmente atrás dos fatos –, compete ao Judiciário soprar-lhe sempre o vento da vida, alentando-a e conformando-a aos fatos modernamente ocorrentes. Do contrário, ou nunca nasce, ainda que declarado o nascimento, ou fenece por inanição. Não se pode nem se deve ficar aguardando legislação, tornando-se aí o Judiciário um poder inoperante, esclerosado, que não contribui para o progresso do País, nem atende às necessidades da comunidade, tampouco ajuda a indicar ao legislador as mudanças sociais imprescindíveis e detectadas. Por carência de atuação, o Judiciário contribui enormemente para o agravamento das crises institucionais, favorecendo, por anemia, a quebra da paz e o aparecimento da ditadura.¹²

Subordinando-se a eficácia e concretude da norma carente de regulamentação à vinda de lei (que costumeiramente jamais acontece, tal como o direito do empregado na participação no lucro da empresa, previsto em regra inserida na constituição de 1946 e até hoje sem aplicação prática, em decorrência da omissão interpretativa do Supremo Tribunal ao longo dos anos), significa dizer que a Carta Política, que é impositiva para os três poderes da república, fica sujeita, para sua aplicação real, à vontade de um só deles, ou seja, do Legislativo.

Ora, sabe-se perfeitamente que as leis representam a vontade dos poderes eleitos (Legislativo, que as cria, e Executivo, que as sanciona e executa), cuja validade, em face da lei fundamental, é controlada pelo Judiciário, enquanto a Constituição decorre da vontade do povo, que é maior que a de qualquer um dos ramos governamentais. A vontade popular é positivada na Carta Política pelo poder constituinte originário ou derivado. Como na Constituição, que é emanção do poder popular, os três ramos governamentais têm limitada sua esfera de competência, não se concebe, seriamente, que essa mesma magna carta, que expressou valores convergentes e inarredáveis em suas normas, fique, para sua realização plena, na dependência da vontade única do Legislativo, ao fazer ou não as leis regulamentadoras, quando o Supremo Tribunal Federal tem o dever de aplicar todo o conteúdo da constituição independente de lei infraconstitucional, por isso mesmo, de inferior hierarquia. Ou seja, não pode a norma constitucional, superior hierarquicamente, em que se reconhecem direitos e garantias, ficar na dependência, para sua implementação, da vontade do editor da lei, que é obviamente inferior à do povo e de cuja harmonia com esta depende a sua validação.

¹² SILVEIRA, Paulo Fernando. *500 Anos de Servidão – A lei como instrumento de dominação política no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 661.

Observada essa lógica, a exigência de lei para tornar a constituição viva e eficaz torna o legislativo um poder superior aos demais, contrariando, expressamente, o princípio da separação e da independência dos três ramos governamentais, já que o parlamento passa a ficar acima dos outros dois e, mesmo, da própria Carta Política.

4. Em defesa da Constituição

4.1. Emendas à Constituição

Nos Estados Unidos, qualquer emenda à constituição, que é de 1787, só passa a valer após sua ratificação por três quartos das assembleias estaduais, às quais é submetida. Até hoje, das inúmeras emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso, somente 27 foram ratificadas.

Isso acontece em respeito ao princípio federalista, já que o pacto firmado entre a União e os Estados-Membros não pode ser modificado unilateralmente pela União (Congresso Nacional). Não se argumente que os senadores representam os Estados, dando assim legitimidade à alteração unilateral, eis que recebem seus salários da União, elegem-se pelo voto popular, da mesma forma que os deputados federais, e são, como estes, cooptados pelo governo federal para os cargos nacionais de ministros e dirigentes de estatais, empresas públicas e de economia mista.

Como a Constituição brasileira é, originária e estruturalmente, uma cópia fiel da americana, adotando o mesmo princípio federalista, como cláusula pétreia (CF –art.60, § 4º,I), também, por isso mesmo, é imodificável por decisão unicamente do Congresso Nacional. Há de se obter para se validar qualquer alteração – sob pena de inconstitucionalidade (violação do princípio) – o assentimento da maioria das assembleias legislativas estaduais que, sim, são as únicas que representam legitimamente os Estados-Membros. O povo, como um todo, por seus representantes estaduais, deve ser ouvido, não bastando o conluio interesseiro e ocasional dos políticos federais.

Até a independência do Supremo Tribunal corre risco, pois, como se sabe, ele detém, constitucionalmente, o poder de dizer a última palavra na interpretação da Carta Política. Assim, uma decisão sua só pode ser superada por uma emenda constitucional. Ocorre que, se essa decisão ferir interesse dos poderosos, principalmente o domínio político do País por meio de leis protecionistas desses privilegiados grupos (o que acontece no Brasil há séculos, como já demonstrei em livro),¹³ os congressistas, influenciados pelo *lobby* deles, poderão fazer, imediatamente, uma emenda constitucional para suplantar a orientação do Supremo Tribunal.

¹³ Idem, p. 419.

Ciente do perigo que constituiria para a jovem nação americana a existência de um judiciário fraco e dominado pelo Congresso, Alexander Hamilton explicitamente rejeitou o sistema britânico que permitia ao Parlamento, pela maioria de votos, tornar sem efeito qualquer decisão da Corte que o desagradasse. Preferivelmente, as cortes de justiça eram para ser consideradas o baluarte de uma Constituição, que limita poderes, contra as usurpações do legislativo. Somente o esmerado e difícil processo de emenda à constituição, ou a gradual mudança, com o tempo, para outro ponto de vista por parte dos membros do Congresso, é que poderia reverter a interpretação dada àquele documento pela Suprema Corte.¹⁴

Ora, se a emenda constitucional depender – como é correto dizer, em face do Pacto Federativo firmado entre a União e os Estados-Membros – da ratificação da maioria das Assembleias Estaduais (tal como ocorre nos USA), haverá mais probabilidade de a decisão do Supremo permanecer intocada, já que os grupos de interesses dos parlamentares federais e estaduais nem sempre são os mesmos. Retira-se, também, o caráter oportunista e momentâneo da emenda constitucional, que passa a ocorrer somente em casos absolutamente necessários, a critério de toda a representação política de ambas as partes que firmaram o Pacto Federalista.

Tenho defendido esta posição, há tempo, em meus livros, a ver:

Finalmente, para ganhar sua maioridade, equiparando-se aos demais ramos do governo, o poder judiciário deve declarar inconstitucional, por quebra do princípio federativo, as emendas constitucionais que não forem previamente, antes de entrarem em vigor, submetidas e ratificadas por quorum qualificado das Assembleias Legislativas estaduais. O princípio federalista exige que assim aconteça. Uma só parte, no caso a União, não pode, unilateralmente, alterar o pacto original, firmado com os Estados Membros, ainda que, como no caso do Brasil, tenha ocorrido em forma de outorga, ao se estabelecer a federação brasileira pela Lei Fundamental de 1891. Há de se envolver, para preservar a democracia e evitar a tirania centralizadora do governo federal, toda a sociedade, através de seus legítimos representantes, no estudo e debate da matéria objeto de emenda constitucional. Do contrário, acontecerão três coisas inevitavelmente: a) – os políticos aderirão à emenda, trocando o seu voto (e suas convicções) por interesses fisiológicos, como a concessão de uma rádio, ou a liberação de uma polpuda verba;

¹⁴ GLICK, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalist Papers*. USA: United States Information Agency, 1990, p. 39: Hamilton explicitly rejected the British system of allowing the Parliament to override by majority vote any court decision it finds displeasing. Rather, “the courts of justice are to be considered the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments.” Only the painstaking and difficult process of amending the Constitution, or the gradual transformation of its members to another viewpoint, could reverse the Supreme Court’s interpretation of that document.

b) – ocorre banalização da Carta Política pelas inúmeras e reiteradas alterações de seu texto, transformando-a mais numa lei comum, de conhecimento de uns poucos técnicos no assunto. A verdadeira Carta Política, de conteúdo democrático, tem vocação duradoura, só devendo sofrer alterações episódicas, depois que a matéria for debatida por toda a sociedade. Antevendo isso, já dizia o Chief Justice John Marshall, em 1.819 (*McCulloch v. Maryland*): “Uma constituição é projetada para durar pelas eras vindouras e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises das atividades humanas” (A Constitution intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.)¹⁵ As alterações devem ocorrer gradualmente, depois de amplo debate público sobre o assunto, de modo que, a um tempo, a constituição se flexione e reflita e atenda as necessidades da época, e, de outro, não perca sua estabilidade – tornando-se volátil e teórica – como documento político, que deve ser conhecido e preservado na memória da população. São mais danosas para a democracia as inúmeras, múltiplas e momentâneas alterações da Carta Maior, do que sua gradual modificação, debaixo do debate público e controle e envolvimento dos políticos de todo o país. c) – extingue-se o pacto federativo, concentrando demasiada e perigosamente o poder político no governo central, desrespeitando-se a outra parte do pacto fundamental, os Estados Membros. Dentro desse contexto, a tirania está sempre à mão de um presidente ambicioso que, para atingir seus fins, basta desestabilizar propositadamente a economia para justificar suas ações ditatoriais, como sempre aconteceu em nossa história política. Deve se ter em mente, sempre, que o indivíduo vive é no Município, no solo do Estado Membro e não na União, que é mera ficção jurídica, necessária para a união e fortalecimento de toda a Nação. Não se esqueça que foi, justamente para se conter o despotismo é que se recorreu ao princípio federalista, pelo qual o poder político é horizontalmente dividido entre a União Federal e os Estados-Membros e, no caso brasileiro, Municípios, cada um com sua área privativa de competência, não usurpável pelos outros entes políticos. Por esse princípio, a área de atuação da União é restrita (interesses nacionais, ou envolvendo mais de um Estado), sendo do Estado tudo que disser respeito a assunto regional e, ao Município, o interesse local. Relembre-se que os senadores, antes de representar os Estados, recebem sua remuneração da União, pouco distinguindo dos deputados, senão pelo enorme tempo de seu mandato de 8 anos, que deveria ser reduzido para 6, como é nos USA. Como o legislativo federal acha-se comprometido

¹⁵ MARSHALL, Jonh. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.

com o Executivo na dominação do país pelas Emendas constitucionais, ocorre que somente o judiciário está em condições de liberdade para dar concretude e efetividade ao princípio federalista. Nessa quadra de nossa caminhada histórica em rumo à democratização das instituições políticas, o Judiciário, paradoxalmente, apesar de, no momento, ainda ser o poder político mais fraco, é o único que tem autoridade e força para preservar e estimular a descentralização e desconcentração do poder, dando eficácia ao princípio federalista. A história revela – e a brasileira confirma – que o governo excessivamente centralizado é um convite indeclinável ao golpe de estado, principalmente pelos militares, onde não são, institucionalmente, contidos. A revolução francesa, que derrubou o reinado, absoluto e centralizado, de Luis XVI, mas que não teve o cuidado de criar instituições políticas em níveis intermediários, democratizando e dispersando o poder político, acabou colocando no governo do país numa situação pior do que a anterior, isto é, nas mãos de um ditador militar sanguinário: Napoleão Bonaparte.¹⁶

Ao perigo do excesso de legislação só se compara o número excessivo de emendas constitucionais. Em 1997, foi criada nos Estados Unidos uma organização não governamental (*Citizens for the Constitution*) com o objetivo de proteger a Constituição contra a ameaça colocada pela tese, tão frequente advogada, de emendas formais à Carta Política. Na visão dos membros dessa organização, propostas de emendas constitucionais são rotineiramente introduzidas por seus defensores como um primeiro passo favorável à panacéia para todas as doenças sociais. Propondo específicas políticas públicas, tais emendas têm o potencial de solapar a cultura americana que adequadamente entesoura e reverencia a Constituição. Caso fossem adotadas, elas tornariam a lei fundamental, que é uma carta de governo efetiva e executável, em um documento de aspirações insanas.¹⁷

4.2. Emendas constitucionais e o princípio republicano

Essas emendas sem a necessária legitimidade popular se tornam mais perigosas quando põem em risco, ainda, o princípio republicano. Isso ocorre toda vez que um presidente da República, não contendo suas ambições pessoais de permanecer no cargo dentro do prazo estrito previsto na Carta Política – e tendo cooptado uma

¹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *500 Anos de Servidão*, p. 264-265.

¹⁷ BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical perspective*. USA: Rowman & Littlefield, 1988, p. 267, n^o 109. In: *the view of this organization, constitutional amendments are routinely introduced by their supporters as “the favored first-step panacea for all societal ills.”. Proposing specific public policies, such amendments have “the potential to undermine an American culture that properly treasures and revere our Constitution.” Should they be adopted, they would turn “an effective and enforceable charter of government into a document of faddish aspiration.*

ampla base parlamentar, às vezes até com o predomínio de um só partido –, inventa de aumentar, inconstitucionalmente, seu mandato presidencial, de quatro para cinco anos, ou se arvora no direito de se candidatar a um terceiro mandato.

Thomas Jefferson, acompanhando o mesmo pensamento de Aristóteles,¹⁸ já advertia quanto ao perigo que as instituições democráticas sofrem quando o presidente tem essas ilegítimas e inconstitucionais pretensões. Di-lo enfaticamente:

O segundo aspecto que me desagrada, e muito, é o abandono em todas as instâncias da necessidade de rotação nos cargos, e mais particularmente no caso de presidente. A experiência concorre com a razão em concluir que o primeiro magistrado sempre será reeleito se a constituição permitir. Então, será uma autoridade vitalícia.¹⁹

Seus argumentos ainda são fortes na atualidade, ao acreditar que, uma vez no cargo, e possuindo a força militar da União, sem ajuda ou controle de um Conselho, ele não será facilmente destituído, mesmo se o povo for induzido a lhe retirar o suporte do voto.²⁰

Em um país que aspira a ser democrático e republicano como o Brasil – seguindo o seu paradigma constitucional americano –, o governo, necessariamente, é de leis e não de homens. Ou seja, mais valem as instituições públicas, que devem operar de forma natural e duradoura, que os supostos defensores da pátria, que se dizem insubstituíveis no cargo, sob o falso argumento de que sem a sua liderança vão se instaurar no país a desordem e a ingovernabilidade. A necessidade de ordem sempre foi o argumento utilizado pelos tiranos para se perpetuarem no poder. Portanto, além do aspecto constitucional, emerge, sobranceiro, um inafastável fator moral. Confronte-se o exemplo americano abaixo:

Em 4/3/1797, George Washington encerrou sua brilhante carreira pública, após ter exercido o segundo mandato presidencial. O primeiro fora iniciado em 30/4/1789. Antes de passar para história como o maior líder político dos Estados Unidos de todos os tempos, Alexander Hamilton lhe perguntou: “Se uma tempestade se forma, como pode você se retirar?” (*If a storm gather, how can you retreat?*) Seu secretário do tesouro se referia à luta política que estava sendo travada entre o partido do presidente, o federalista, que queria a sua permanência no poder até a morte, ou a simples nomeação, como seu sucessor, do correligionário e vice-

¹⁸ ARISTOTLE. *Politics and Poetics*. USA: The Easton Press, 1979, p. 207.

¹⁹ JEFFERSON, Thomas. *Writings*. USA: The Easton Press, 1993, vol.II, p. 913-914 e 916: *The second feature I dislike, and greatly dislike, is the abandonment in every instance of the necessity of rotation in office, and most particularly in the case of the President. Experience concurs with reason in concluding that the first magistrate will always be re-elected if the Constitution permits it. He is then an officer for life.*

²⁰ Idem: *Once in office, and possessing the military force of the union, without either the aid or check of a council, he would not be easily dethroned, even if the people could be induced to withdraw their votes from him.*

presidente John Adams, e o partido republicano, que pugnava por eleição popular, liderado por Thomas Jefferson, secretário de estado. A resposta de Washington foi peremptória. Escreveu que encerraria sua vida pública naquela data, após o quê “nenhuma consideração sob o céu, que podia antever, o retiraria da caminhada para a vida privada” (*close my public life on March 4 (1797), after which no consideration under heaven that I can foresee shall draw me from the walks of private life.*)²¹

Como a Constituição Americana não limitava o número de mandatos presidenciais, os federalistas, que estavam no poder, a interpretavam no sentido de que o presidente podia ser reeleito, até sua morte, quantas vezes agradasse ao povo. Na visão deles, o estabelecimento da vice-presidência pressupunha uma sucessão do tipo monárquica. Na morte do presidente, o vice-presidente, como herdeiro, assumiria a presidência vitaliciamente, sujeito apenas à confirmação do povo, por seus representantes, a cada quadriênio.

Porém, Washington, dando um belo exemplo de caráter e despojando-se de ambições de mando, determinou que sua sucessão ocorresse pelas urnas, em observância ao princípio republicano, pelo qual o povo tinha lutado contra a coroa inglesa. Essa decisão foi o ponto culminante de sua carreira e seu presente final (talvez o maior de todos) para o mundo. Foi ele quem, solitariamente, decidiu que os Estados Unidos seriam, efetivamente, uma República e não uma Monarquia.

O precedente estabelecido por Washington, no sentido de que o presidente deve se retirar após dois termos, permaneceu intocável até 1940, quando foi quebrado por Franklin Delano Roosevelt, que – debaixo de circunstância excepcional (a Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945) – obteve seus terceiro e quarto mandatos consecutivos, ou seja, governou interruptamente de 1933 a 1945, morrendo nesse ano no exercício do cargo.

Para que o desrespeito às tradições jamais ocorresse novamente, o povo americano fez inserir na Constituição a proibição do exercício de mais de dois mandatos presidenciais consecutivos por meio da Emenda Constitucional nº 22, que foi aprovada no Congresso em 21/3/1947 e ratificada pela maioria dos Estados-Membros em 27/2/1951.

Tendo em vista que o experimento democrático, republicano e federalista americano deu certo, já que a Constituição prevalece há mais de 200 anos, sem nenhuma tentativa de qualquer governante se perpetuar no poder, indaga-se: até quando o Supremo Tribunal vai permitir tal inconstitucionalidade, que também afeta sua independência? Que exemplo de Corte, que tem o dever de zelar e proteger a Carta Magna, vai ofertar para as futuras gerações brasileiras?

²¹ FLEXER, James Thomas. *Washington – The Indispensable Man*. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co, 1974, p. 347.

5. Em defesa do poder Legislativo

5.1. Medidas provisórias

Nosso País carrega a tradição de um Executivo forte, sem limites e sem respeito aos poderes Legislativo e Judiciário. Isso vem desde a independência, quando, em 1823, D. Pedro I mandou fechar a assembleia nacional, que estava redigindo uma Constituição, que não lhe agradava. Ao sair do prédio sitiado, Antônio Carlos tirou o chapéu à majestade dos canhões do imperador. Logo a seguir, o déspota outorgou a Constituição de 1824, concentrando em si o exercício pleno e ilimitado dos poderes Executivo e moderador. Por meio desses poderes ditatoriais, ele podia, entre outras coisas, nomear senadores, nomear e suspender juízes, convocar e dissolver a assembleia geral e fixar os salários dos deputados (CF – 1824, arts.98 e 101).

Pela Constituição Brasileira de 1891, que sofreu a revisão de Rui Barbosa, foram implantados a República e o Federalismo. Estabelecia três poderes independentes, seguindo o sistema americano de divisão do poder político, ficando o Judiciário encarregado de verificar a constitucionalidade das leis, podendo anulá-las, caso em confronto com a Carta Política. Pela primeira vez, a lei tinha de ficar subordinada à magna carta e fora instituído um poder independente (o Judiciário) para aferir essa harmonia. A intenção de Rui era clara. Pretendeu valorizar o anêmico Judiciário que vinha fragilizado, como instituição, desde o tempo da Monarquia, a fim de que ele participasse, na esteira do Judiciário americano, do exercício do poder político, a fim de proteger o povo, democratizar as instituições e descentralizar, efetivamente, o governo, fazendo prevalecer a separação dos poderes e a forma de Estado federalista.

Ou seja, Rui Barbosa – conhecedor do direito inglês, pelo qual o Judiciário não é poder, já que vinculado ao Legislativo (a câmara dos *Lords* é sua última instância), e do direito francês, em que o Judiciário não tem poder de anular leis, sendo escravo de sua literalidade e, portanto, destituído de poder político, mas caracterizando-se como mero aplicador da lei – optou e inseriu na Carta Política brasileira as doutrinas americanas governamentais do *judicial review* e dos freios e contrapesos (*checks and balances*).

Pela doutrina da separação dos poderes, adotada também em nossa Constituição, o poder político governamental é dividido em três departamentos, sendo que aos popularmente majoritários se incumbiu o poder de legislar. Entretanto, há uma interação – somente nos casos permitidos pela própria constituição – entre eles. Assim, o Executivo interfere no Judiciário quando concede indultos ou comuta as penas, bem como quando nomeia, após aprovação do Senado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, ou nomeia juízes de tribunais,

dentro da lista tríplice. Em relação ao Legislativo, ele controla sua atuação por meio do veto às leis, por inconstitucionalidade ou por interesse público. O Legislativo compartilha com o Executivo a nomeação de ministros dos tribunais superiores e outras autoridades, como o procurador-geral da República, diretores do Banco Central, os governadores de territórios, etc. O *balance*, pois, envolve a partilha do poder entre os ramos do governo e um ativo controle de um pelo outro.

Já o “*check*” advém da doutrina do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade das leis), a qual permite ao Judiciário partilhar e controlar (*check*) o poder de ambos os ramos governamentais: Legislativo e Executivo.²²

Debaixo do princípio da separação, esclarece *Jonathan Rose*, cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer *checks on and to balance* as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Desse modo, os três ramos do governo são separados e distintos um do outro. Os poderes dados a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois. Cada ramo serve de controle sobre potenciais excessos dos outros dois.²³

Por meio do *checks and balances*, enfatiza Peter L. Strauss, como na separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha; a intenção da luta é negar a uma (ou duas) delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite efetivamente ao todo desenvolver o trabalho de governo.²⁴

Esclareceu melhor o entendimento, ao agregar, a seguir:

Em teoria, a junção de todas as funções governamentais em uma só autoridade, não controlada pelas outras, é um convite à tirania. A interpenetração das funções e a competição entre os ramos protegerão a liberdade ao prevenir à adição irreversível do poder final em um só deles. Como escreveu Madison nos Papéis Federalistas, a

²² GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Op.cit., p. 238: And the doctrine of judicial review permits courts to share (and check) the power of both the legislative and executive branches.

²³ ROSE, Jonathan. *About the United States History –Leif Ericson to 1865*. USIA, 1986, p. 3: *Most importantly, it established the principle of a “balance of power” to be maintained among the three branches of government – the executive, the legislative and the judicial. Under this principle, each branch was provided the independent means to exercise checks on and to balance the activities of the others, thus guaranteeing that no branch could exert dictatorial authority over the working of the government.*

²⁴ Idem. Op.cit. p. 187: *Checks and balances [...] Like separation of powers, it seeks to protect the citizens from the emergence of tyrannical government by establishing multiple heads of authority in government, which are then pitted one against another in a continuous struggle; the intent of that struggle is to deny to any one (or two) of them the capacity ever to consolidate all governmental authority in itself, while permitting the whole effectively to carry forward the work of government.*

essência reside em “dar àquele que administra cada departamento os meios constitucionais necessários e motivos pessoais para resistir ao domínio dos outros”.²⁵

Nathan Glick explica que os “Artigos Federalistas” fizeram a primeira menção específica que temos na literatura sobre a ideia de *checks and balances*, como meio de restringir o poder governamental e prevenir abusos.²⁶

A separação dos poderes, instituída constitucionalmente, funciona como ponto nuclear do sistema de freios e contrapesos, equilibrando o exercício do Governo, através do controle de um poder pelos outros. Adverte-nos Charles L. Black Jr.:

O quê um governo de poderes limitados precisa no começo e para sempre, ao utilizar os meios de satisfazer o povo, é tomar todos os passos humanamente possíveis para permanecer dentro do seu poder. Isso é condição de sua legitimidade, e sua legitimidade, ao longo do tempo, é condição de sua própria vida.²⁷

Precisamente, o quê acontece quando um dos poderes não dá conta de proteger sua independência, como é o caso do Legislativo brasileiro, e o outro (o Judiciário brasileiro) não exerce sua missão constitucional de frear o poder despótico do Executivo, que usurpa as funções do primeiro? Naturalmente, implantam-se, ainda que de forma velada, ou truculentamente ostensiva, a ditadura e a tirania!

No Brasil, o Executivo edita, diariamente, medidas provisórias inconstitucionais e o Supremo não atua em defesa do Legislativo. Logo, o Executivo sobrepõe-se sobre esses dois poderes, violando a Constituição, que lhes assegura igual relevância política, cada um dentro de sua função específica, traçada na lei fundamental.

Nos Estados Unidos, o presidente da república não tem poder algum de legislar. Suas *executive orders* só valem no âmbito da administração pública. O indivíduo não está sujeito ao seu teor. E nenhum presidente alega a ingovernabilidade do país.²⁸

²⁵ Idem. Op.cit., p. 191: *In theory, the joining of all government functions in one authority, unchecked by others, was an invitation to tyranny. Interpretation of function and competition among the branches would protect liberty by preventing the irreversible accretion of ultimate power in any one. As Madison wrote in the Federalist Papers, the essence 'lay in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others'.*

²⁶ GLICK, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalists Papers. In An Outline of the American Government.* USIA, 1989, p. 39: *The Federalist Papers also provide the first specific mention we have in political literature of the idea of checks and balances as a way of restricting governmental power and preventing its abuse.*

²⁷ GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Op.cit., p. 11: *What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers. That is the condition of its legitimacy, and its legitimacy, in the long run, is the condition of its life.*

²⁸ SCHROEDER, Richard; GLICK, Nathan. Op.cit, p. 57: *The president can issue rules, regulation and instructions called executive orders, which have the binding force of law upon federal agencies.*

Lá, o Congresso, por sua vez, exerce sua função primária, que não é a de legislar, mas a de fiscalizar a atuação do Executivo, principalmente na alocação dos recursos públicos oriundos dos impostos. O grosso da legislação advém das agências regulatórias, criadas pelo Legislativo para atuar em determinadas áreas, tais como a EPA-Environmental Protection Agency, na esfera do meio ambiente. Sua diretoria, nomeada pelo Executivo, em regra com aprovação do Senado, goza de independência, não podendo ser demitida a bel prazer do presidente da República, que necessita, para isso, de justa causa, não a política (estar agindo em desacordo com os interesses presidenciais), mas a de comprovada improbidade administrativa. Aqui, já tivemos a Cacex, vinculada ao Executivo, que tinha poderes para legislar sobre exportação e importação. Sua diretoria, contudo, não gozava de autonomia.

A Constituição Brasileira em vigor, em seu art. 62, impõe, além de algumas vedações em razão da matéria, que enumera, duas condições básicas, inafastáveis, para que o presidente da República possa editar, legitimamente, uma medida provisória: a relevância e a urgência.

Quanto à relevância, de um modo geral toda matéria regradada por medida provisória ou por lei, se ela assim se converter, atende a esse pressuposto. Porém, é no requisito da urgência que ocorre a inconstitucionalidade.

Na realidade, o presidente da República edita, a todo tempo, medida provisória sem observar a comprovada urgência da matéria. Ou seja, está invadindo a esfera específica do Legislativo e usurpando sua competência. Com isso, esse poder político fica deveras enfraquecido.

Não se alegue, bisonhamente, que isso não sucede, tendo em vista que a medida provisória perde sua eficácia se não convertida em lei, pelo Congresso, em 60 dias. Aí acontecem duas coisas: a primeira é que a medida provisória entra em vigor na data de sua edição, com a mesma força de lei; a segunda é que o parlamento, invadido por inúmeras medidas provisórias, que trancam a sua pauta, acaba por convertê-las sem maiores entraves.

Difícilmente, aquele que é prisioneiro dá conta de se libertar sozinho. No caso, o Legislativo, para recuperar sua independência, precisa do auxílio do Judiciário, que, no exercício de sua função de “*checks and balances*”, deve frear a ação inconstitucional do Executivo, sob pena de o enfraquecimento do Legislativo o atingir também, já que este, debilitado, não o poderá socorrer caso sua competência seja restringida por lei, como acontece na proibição de conceder liminares sobre determinados assuntos, ou a sua jurisdição seja reduzida por emenda constitucional, que tire da jurisdição dos tribunais algumas matérias, como já aconteceu no passado, nos governos ditatoriais de Artur Bernardes em 1926, de Getúlio Vargas em 1937, e dos militares em 1968 (AI nº 5).

Os dois poderes mais fracos devem unir forças e se proteger contra a incursão inconstitucional do Executivo que, em nosso País, tem tradição de tirania. Demanda-se uma ação enérgica do Judiciário nesse sentido.

5.2. Controle da elegibilidade de candidato, levando em consideração sua vida pregressa

No dia 10/6/2008, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, por sua maioria, que os políticos que são réus em processos criminais, em ação de improbidade administrativa ou em ação civil pública, sem condenação definitiva, isto é, sem sentença transitada em julgado, podem se candidatar nas eleições de 2008.

Os argumentos sustentados pelo relator do processo da consulta, ministro Ari Pargendler, e demais ministros que o acompanharam foram no sentido de que a lei de inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990) já limita os critérios para a concessão de registro de candidaturas e que “o Poder Judiciário não pode, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade”.

Contrariamente, os três ministros vencidos, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Felix Fischer, defenderam, entre outros aspectos, a competência da justiça eleitoral para apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo político na perspectiva da vida moral pregressa do político, enfatizando que a Constituição não exigiria do exercente do cargo um padrão de moralidade que já não fosse a natural continuação de uma vida pregressa também pautada por valores éticos.

Sem dúvida alguma, a decisão do TSE veio de encontro, como uma onda avassaladora, aos justos anseios de moralidade pública manifestados pela população, causando, a um só tempo, estupor, descrédito no Poder Judiciário e, acima de tudo, uma generalizada impotência no povo no sentido de não haver jeito de melhorar as instituições públicas. De outra sorte, a infeliz decisão alimenta a participação de pessoas inescrupulosas seja na administração de recursos públicos (prefeitos e governadores), seja na elaboração de leis (vereadores, deputados estaduais e federais e senadores).

O raciocínio esposado pela maioria dessa digna Corte de Justiça Eleitoral não convence, *data venia*, já que a Constituição (art.14, § 9º) determina que

Lei complementar **estabelecerá outros casos de inelegibilidade** e os prazos de sua cessação, além dos especificados na própria Constituição, **a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato**, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifos nosso)

A determinação constitucional institui um comando e não é, apenas, uma opção legislativa infraconstitucional. A Constituição exige o exame da vida pregressa do candidato. Ora, se os congressistas, legislando em causa própria, ignoraram o preceito constitucional e fizeram constar da lei complementar um óbice intransponível quanto à necessária averiguação prévia da vida pregressa do candidato, ou seja, a exigência de condenação transitada em julgado, a qual, como se sabe, é demorada de se obter, pois, no Brasil, os processos criminais perduram por anos e anos, em razão dos inúmeros recursos interpostos e diligências requeridas pelo réu, eles, protegendo-se, agiram com espírito corporativo e contrariaram a intenção clara, precisa e manifesta da Carta Política. Assim, a Lei Complementar nº 64/1990 (art.1º, alínea “e”), salvo melhor juízo, é, nessa parte, inconstitucional.

Atente-se, ainda, que a própria Carta Política, em seu art. 37, também erige o princípio da moralidade como uma das condições para a validade dos atos da administração pública. Logo, esse princípio, que prevalece sobre as próprias normas constitucionais e muito mais sobre a lei complementar ou ordinária, não pode ser esquecido. Como pressupor que um candidato eleito, que responda criminalmente perante a justiça por corrupção ou improbidade administrativa, vá exercer seu cargo e praticar atos administrativos com dignidade, decência e lisura? Pode até acontecer, mas será em virtude de uma milagrosa exceção.

A meu ver, a decisão do TSE afronta o princípio constitucional da moralidade. Este permeia não só os atos dos agentes políticos e servidores públicos, mas se entranha também na sua própria conduta, atual e pregressa. O julgado deprecia, ainda, a própria justiça, eis que a denúncia já foi recebida e/ou o candidato já foi condenado por sentença, ainda que em primeiro grau. Ou seja, para o TSE – em uma visão simplista, puramente legalista, positivista e técnica, de extremado amor à literalidade da lei e desconsiderando a vontade do povo, expressa na Constituição, que exige uma vida pregressa ética do candidato – nada vale a condenação judicial deste nas instâncias inferiores, já que está sujeita a recurso. Também, inacreditavelmente, para o TSE não tem significação alguma o fato de a denúncia ter sido recebida diretamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte de justiça do País.

Não há de se invocar o princípio da inocência, restrito à dimensão penal, já que o princípio da moralidade é mais amplo, como o são, regidos por ele, o direito civil, o administrativo e o eleitoral. Mesmo sob o princípio da inocência, o réu da ação penal pode ter alguns direitos restringidos, como no caso de prisão cautelar, provisória ou preventiva. Ele continua sendo considerado inocente, pois ainda não há sentença transitada em julgado, mas pode, eventualmente, responder ao processo na condição de preso. O mesmo acontece no campo político, onde se maximiza o exame da moralidade. A elegibilidade pode sofrer restrições ante a comprovação,

no exame da vida pregressa do candidato, da prática de atos tidos como imorais, principalmente quando denotados por ações penais e civis públicas relativas a atos ilícitos contra o patrimônio público, ou de improbidade administrativa, em que seja réu, em processos em curso perante a justiça. A Carta Política, no que tange ao exercício do cargo e função públicos, por agente político ou servidor concursado, não abre mão do exame da vida pregressa do pretendente, ou seja, da exigência de uma conduta moral ilibada no passado. Se essa condição é exigida para os juízes e para os servidores públicos em geral, também o deve ser em relação aos políticos. Para todos eles, sem distinção – a Constituição é cega nesse aspecto, não distinguindo ninguém, em face do princípio da igualdade de todos perante a lei –, o signo da moralidade revela-se por atos diuturnos que não infrinjam os preceitos éticos de honestidade, idoneidade, lisura e decência. A pena, para os que não o detêm, no caso dos cargos eletivos, é a inelegibilidade. Se já eleito, é a perda do mandato, sem prejuízo das ações penal e cível.

A prevalecer o equivocado entendimento de que o restrito princípio penal da inocência se projeta para todas as áreas do direito, inclusive o administrativo, ocorrerá o absurdo de ter-se de dar posse a um juiz de direito ou a um delegado de polícia que tenha sido condenado por crime de corrupção ou fraude, com sentença ainda não transitada em julgado, em face da situação isonômica deles com a dos políticos, a qual, constitucionalmente, não se pode ignorar. É inegável o constrangimento social que será causado pelo fato de o inquérito policial ser presidido por esse tipo de delegado ou a licitude da conduta do réu ser julgada por um magistrado já condenado judicialmente por improbidade ou corrupção. Na área cível, por exemplo, haverá um retrocesso, caindo por terra conquistas recentes. Doravante, ficarão sem efeito os dispositivos que cuidam da responsabilidade objetiva por danos, independentemente da apuração de culpa (CC-arts.927, parágrafo único e 931; Código do Consumidor: Lei nº 8.078/1990, arts. 12 e 14). Também fica derogada a inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor (arts. 6º, VIII e 38), já que o fabricante, o produtor e o prestador de serviços passam a ficar protegidos pelo princípio da inocência, ou seja, só serão considerados culpados se forem condenados definitivamente, incumbindo a prova a quem alegar o prejuízo.

O virtual acesso do eleitor – aquele que tiver fervor excepcional e inusitado interesse e se dispuser a enfrentar com paciência a burocracia forense – à ficha criminal do candidato, se for permitido pelo TSE, conforme divulgado na imprensa, não satisfaz, de maneira alguma, à exigência constitucional de o político comprovar sua vida pregressa pautada pela moralidade.

Não se argumente que o dispositivo infraconstitucional, ao exigir a condenação definitiva, protege o cidadão contra falsos processos crimes engendrado pelo Estado,

a fim de evitar a sua legítima candidatura. É de se ver que, quando o Judiciário recebe a denúncia penal – o ato fica sujeito ao pronto reexame, por meio do remédio do *habeas-corpus*, pelo tribunal, que o cassará se for ilegal ou abusivo, trancando-se a ação penal –, já há nos autos a comprovação da materialidade do delito e indícios de autoria, sendo que o fato tido como criminoso já passou pelo crivo da polícia (indiciamento no inquérito policial) e do Ministério Público (autor da denúncia), que são órgãos distintos, ambos vinculados ao Executivo, sendo que este último tem caráter permanente e goza de independência e isenção. Sua missão primordial é a de, justamente, defender a sociedade civil e o patrimônio público, como titular da ação penal incondicionada e da ação civil pública (CF – arts. 127 e 129).

Por outro lado, a Constituição nunca pode ser interpretada como se fosse uma lei ordinária ou complementar. É de superior hierarquia. Há de se considerar os fins nela objetivados para cujo alcance todo esforço interpretativo deve ser empregado. Quando a Constituição emite um comando, tal como o de se apurar a vida pregressa do candidato – que não pode ser ignorado por ninguém –, ela autoriza, simultânea e implicitamente, o emprego de todos os meios necessários para sua realização, notadamente o da interpretação teleológica.

Submetida a matéria ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal, este, em 6/8/2008, ignorando as sentidas necessidades da Nação e permanecendo inflexível ante as mudanças dos tempos, a exigir incondicionalmente a moralidade na administração pública, proferiu decisão que decepcionou grande parcela de homens sensatos e de boa fé deste País.

No confronto entre duas regras constitucionais conflitantes, a primeira referente à exigência de condenação criminal transitada em julgado para a perda ou suspensão dos direitos políticos (CF – art.15, II), suportada pelo restrito princípio criminal da inocência, e a segunda que determina o exame da vida pregressa do candidato para a aquisição do direito à elegibilidade (CF – art. 14, § 9º), amparada no princípio da moralidade, o Supremo optou pela de inferior hierarquia, esquecendo-se de que a segunda é de maior amplitude. Ou seja, prestigiou-se a validade da regra menor, que se esteia em um princípio constitucional especial, em detrimento da regra maior, baseada em um princípio superior, primordial e estruturante da Nação. Não se esqueça de que, também, há gradação entre os princípios constitucionais, sobrepondo-se os estruturantes aos princípios gerais e especiais.

Observe-se que as condições de elegibilidade, previstas na Constituição, são indispensáveis para se adquirir a capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado), bem diferente dos pressupostos estabelecidos para o alistamento (direito de votar), que constituem a capacidade eleitoral ativa. Quando a Constituição, que veda a cassação dos direitos políticos, autoriza a perda ou a suspensão dos

direitos políticos, nos casos em que enumera no seu art.15, pressupõe ato posterior à aquisição e livre exercício de todos os direitos políticos positivos (participação no processo político e nos cargos governamentais). Ou seja, a perda e a suspensão dos direitos políticos diferem profundamente das exigências constitucionais para se adquirir a capacidade eleitoral ativa (alistamento) e passiva (elegibilidade). Em suma, para se adquirir a capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) – atendendo aos seus requisitos próprios e peculiares, onde se aloja o requisito da vida pregressa – há de se satisfazer, antes, às condições para a aquisição da capacidade eleitoral ativa (alistamento). A capacidade de votar pode e, normalmente, existe sem o exercício da segunda (direito de ser votado). Porém, quando se declara a perda ou a suspensão dos direitos políticos, o ato atinge as duas capacidades, extinguindo ambos os direitos. Logo, não há como tratá-las como condições eleitorais idênticas, subordinando-as a um único dispositivo constitucional (art.15), quando a própria Constituição cuida delas separadamente, a ver pelo art. 14, §§ 1º, I e II e § 3º a § 9º.

É obvio que não se cria, se estrutura e se mantém um Estado sem a observância do princípio da moralidade. Ele constitui o fundamento da justiça e predomina sobre todos os demais, sejam os princípios gerais e/ou os especiais. Da mesma forma, se não forem regidos pelo princípio da moralidade, os ramos eleitos (Legislativo e Executivo), que cuidam, respectivamente, da edição das leis e da administração dos recursos financeiros arrecadados com os impostos, não podem exercer, com legitimidade, sua ação governamental.

Com o devido respeito, nessa equivocada interpretação constitucional, o Supremo seguiu a mesma trilha dos congressistas que elaboraram a lei complementar, que os beneficia. Prejudicados ficaram os valores fundamentais que informam e dão vida e substância à Constituição. Note-se que a vontade dos congressistas, externada na lei, é inferior à vontade do povo, manifestada na Constituição pelos princípios básicos por ela adotados. A vontade popular é fonte primordial do poder político. Por consequência, a vontade do representante não pode ser, jamais, superior à vontade do representado, seu patrono. Desse modo, como a lei busca sua legitimidade na Carta Política, há de se conformar, primeiramente, com os seus princípios e, somente depois, com suas normas e regras. O pior de tudo agora, depois da decisão definitiva do Supremo, é que nem o Congresso pode modificar a lei eleitoral. Para superar a decisão do Supremo, há de se fazer uma emenda constitucional.

Considerando que em nosso País o Executivo sempre foi muito poderoso, necessitando de limitação, e o Legislativo apresenta-se com feição frágil e fisiológica, o Judiciário, que também não escapa de sua tibieza histórica, esquece-se de sua função de freios e contrapesos (*checks and balances*) – o dever de controlar o exercício constitucional dos dois outros ramos governamentais de modo que nenhum deles

se sobreponha aos demais – ao deixar de fortalecer o Poder Legislativo. Para isso, bastava ao Judiciário considerar inelegíveis os candidatos que sejam réus em processos em curso, sejam criminais, que envolvam danos ao patrimônio público (peculato, por exemplo), ou de improbidade administrativa, já que a reputação desses postulantes aos cargos públicos, agora maculada, deixou de ser ilibada. Não o fazendo, o Judiciário contribui para ampliar, ainda, a imoralidade no Poder Executivo, ao permitir a posse nos cargos públicos de pessoas inidôneas. Também, enfraquece a si próprio, pois os poderes eleitos (Legislativo e Executivo), de que tais elementos venham a participar, estarão sempre conluiados para anular o poder político do Judiciário, restringindo sua competência ou esvaziando sua jurisdição, seja por meio de leis, ou de emendas constitucionais, como se viu em 1926, no governo de Artur Bernardes, em 1937, com Getúlio Vargas e, recentemente, em 1968, durante a ditadura militar, no AI/5.

Infeliz é o país em que o povo não pode contar com o seu Judiciário para se defender contra alguns poderosos malfeitores que, eventualmente, queiram ocupar os elevados cargos públicos.

Esperar que o povo – em sua maioria pobre, analfabeta e, tradicionalmente, destituída do senso de cidadania – vá, pelo voto, excluir do processo eleitoral esses candidatos de ficha suja, ou que os próprios partidos políticos o façam, é esperar demais, ou patentear que se está vivendo fora da realidade, principalmente se for considerado o incontrolável poder político, decorrente das fortes conexões mantidas nas elevadas esferas governamentais, e da impositiva persuasão financeira e econômica de que normalmente dispõem esses elementos. Ao Judiciário, como poder não eleito, cabe ajudar a delinear os contornos de um processo eletivo balizado pela moralidade, a fim de que o povo faça livremente a escolha de seus dirigentes entre homens de bem.

Acreditamos, respeitosamente, que o TSE e o STF perderam, nos aludidos julgamentos, excelentes oportunidades de ajudar o povo – que quer e anseia pela moralidade pública – a construir um País com instituições fortes e sadias.

6. Valorização política das decisões do Supremo Tribunal Federal

6.1. Peculiar natureza antimajoritária

O Judiciário constitui um poder político e o Supremo Tribunal Federal é a sua expressão máxima. Contudo, como poder não eleito, carece de representatividade popular. Mas essa é, justamente, sua característica constitucional. Os constituintes originários quiseram-no assim.

Do mesmo modo que os direitos individuais, naturalmente de ordem minoritária em relação às leis, elaboradas pelos poderes majoritários (Legislativo e Executivo), são consagrados na Constituição como direitos fundamentais, livremente exercitáveis (salvo a vinda de lei regulando o seu exercício em vista do bem comum, amparada em evidente e concreto interesse público, a ser comprovado em juízo pelo Estado, como ônus seu) e que não podem ser suprimidos, ou diminuídos, nem mesmo por emenda constitucional, pois estão protegidos por cláusula constitucional pétrea, o Poder Judiciário encarna, como poder político antimajoritário, a missão constitucional de se salvaguardar contra as intrusões dos outros ramos governamentais, quando limitam por lei sua função primordial, restringindo a sua natural jurisdição, e de proteger o indivíduo, no exercício de seus direitos fundamentais, contra a opressão do Estado, veiculada, normalmente, por meios de leis (oriundas do Legislativo) ou de atos administrativos e medidas provisórias, vindas do Executivo.

Essa peculiar natureza constitucional antimajoritária do Poder Judiciário foi bem ressaltada pelo *Chief Justice Rehnquist*, referindo-se à divisão do poder adotado na América, que, ao contrário da tradição inglesa, em que o juiz não pode anular ato do Parlamento, essa foi a intenção clara dos elaboradores da Constituição de 1787:

Eles queriam que os juízes fossem independentes do presidente e do congresso, mas também, com toda probabilidade, que as cortes federais fossem capazes de dizer se a legislação editada pelo congresso era consistente com as limitações da Constituição dos Estados Unidos. Os elaboradores reconciliaram, de um modo mais ou menos grosseiro, a necessidade de uma instituição antimajoritária como a Suprema Corte para interpretar a constituição dentro de um amplo sistema de governo basicamente comprometido com a regra majoritária.²⁹

Por sua vez, Garvey e Aleinikoff veem no Judiciário, como poder antimajoritário, uma missão nobre que deve exercer pelo balanceamento, que, como uma das teorias de interpretação constitucional, possibilita-lhe rever os valores contidos na norma legal – expandindo ou atenuando-os – com base na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as cortes judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o Legislativo tende a ignorar ou

²⁹ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. William Morrow, New York, USA, 1987, p. 306: *They wanted the judges to be independent of the president and of Congress, but in all probability they also wanted the federal courts to be able to pass on whether or not legislation enacted by Congress was consistent with the limitations of the United States Constitution. The framers reconciled in a somewhat roughhewn way the need for an anti-majoritarian institution such as the Supreme Court to interpret a written constitution within a broader system of government basically committed to majority rule.*

subavaliar. Dentro desse enfoque, a corte desempenha dois importantes papéis: **1.** reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam contados e considerados com justiça; **2.** protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no alvoroço da política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela corte não repete a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado”.³⁰

Vale repetir que a função primordial do Judiciário, como poder não eleito, isto é, de natureza antimajoritária, é defender os direitos individuais que, também, são, essencial e ontologicamente, antimajoritários; portanto, não podem ser suprimidos pela lei (vontade dos poderes eleitos, majoritários: legislativo e executivo), ou deixados de serem exercidos por falta de lei.

Contudo, a missão constitucional atribuída ao Judiciário de enfrentamento com os demais ramos governamentais, ao anular, restringir ou ampliar o conteúdo da norma legal, para adequá-las aos fins e propósitos constitucionais, levando-se em conta as sentidas necessidades do povo, não é nada fácil, principalmente se enfocarmos a história de nosso País, em que o juiz, até bem pouco tempo, era considerado – em face de doutrinas administrativas espúrias e equivocadas, baseadas no direito francês, em que o magistrado não detém o poder político, já que não pode anular a lei – um mero servidor público, sujeito às regras administrativas, e não um agente político de grande expressão, como consagrado pela nossa Carta Política.

No decorrer da história americana, sempre houve conflitos entre os Poderes da República. Robert H. Jackson, citado por Rehnquist, em sua outra obra *The Supreme Court*, sumariza os eventos da seguinte forma:

Como criada, a Suprema Corte parecia muito anêmica para enfrentar o longo conflito pelo poder [...] A despeito de sua aparente posição vulnerável, a Corte tem repetidamente cassado as decisões em oposição ao Congresso e ao Executivo. Tem sido uma colisão nervosa com os mais dinâmicos e populares presidentes da história. Jefferson retaliou com impeachment; Jackson negou sua autoridade; Lincoln desobedeceu a um mandado do Chief Justice; Theodore Roosevelt

³⁰ GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Op.cit., p. 107-108: *A better argument for the balancer is that the Court improves the balancing process by giving weight to interests that the legislature tends to ignore or undervalue. Under this view, the Court plays two important roles. First, it reinforces representation, ensuring that the interests of unpopular or underrepresented groups are counted and counted fairly. Second, it protects constitutional rights and interests that are sometimes forgotten in the hurly-burly of politics. [...] The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be “softened”.*

após seu mandato propôs a anulação das decisões judiciais; Wilson tentou liberalizar seus membros; e Franklin D. Roosevelt propôs reorganizá-la.³¹

6.2. Pronunciamento único da Corte em vez de voz individual discordante de cada ministro

Note-se que o corpo político judicial é representado, em sua instância máxima, por apenas 11 ministros, contrastando com os 513 deputados e 81 senadores, que representam milhões de eleitores, e com o presidente da República, normalmente detentor de enorme popularidade.

Daí por que, para maior valorização social e acatamento de suas decisões, inclusive pelos demais ramos governamentais, o Supremo Tribunal Federal deve agir preferencialmente, ao proferi-las, como corpo político homogêneo, evitando, ao máximo, que venham a público suas divergências internas.

É deprimente ver pela televisão um ministro do Supremo digladiando, publicamente, com o seu colega, às vezes altercando acaloradamente com o outro membro da irmandade, unicamente porque, ao proferir seus votos, eles dissentem, juridicamente, sobre determinada matéria. Para se evitar esse enfraquecimento do corpo político encarnado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se a supressão do voto *seriatim* (lido em público um por um).

O fortalecimento da *Supreme Court* nos Estados Unidos também aconteceu por aí. Até o início da gestão do *Chief Justice* John Marshall, que presidiu aquela Corte de 1801 a 1835, os *Justices*, seguindo a tradição inglesa, proferiam seus votos em público de forma individual e seriada. Logo que Marshall passou a desempenhar os seus deveres como cabeça da mais alta corte de justiça do País, ele começou a fortalecer a Suprema Corte. Pela primeira vez, o *Chief Justice* desconsiderou o costume de liberar os votos pelos juízes em forma seriada e, em vez disso, ele calmamente assumiu a função de anunciar, ele próprio, a visão daquele tribunal. Fê-lo no primeiro caso decidido sob sua liderança. “Acórdãos da Corte” se tornaram o veículo principal do anúncio das decisões, sendo o aresto, virtualmente em quase todos os casos importantes, atribuído ao próprio *Chief Justice*. A mudança de um número de votos individuais para uma decisão única do tribunal adequou-se admiravelmente para fortalecer o prestígio da jovem corte. Marshall viu que as

³¹ WILLIAM H. Rehnquist. Op.cit., p. 306: *As created, the Supreme Court seemed too anemic to endure a long contest for power [...] Yet in spite of its apparently vulnerable position, this Court has repeatedly overruled and thwarted both the Congress and the Executive. It has been in angry collision with the most dynamic and popular Presidents in our history. Jefferson retaliated with impeachment; Jackson denied its authority, Lincoln disobeyed a writ of the Chief Justice; Theodore Roosevelt, after his Presidency, proposed recall of judicial decisions; Wilson tried to liberalize its membership; and Franklin D. Roosevelt proposed to reorganize it.*

necessárias autoridade e dignidade da corte só poderiam ser obtidas se os princípios constitucionais por ela proclamados fossem pronunciados por um tribunal unido. Para obter resultado firme e permanente para suas decisões, ele pugnou por um tribunal com uma única voz.³²

A voz única não significa, lá, que os membros do tribunal não possam ofertar, em separado, os seus votos concorrentes (*concurring opinion*) – estão de acordo com o aresto, mas não quanto a determinado ponto, ou a sua extensão e alcance – ou vencidos (*dissenting opinions*). O que se procura é o consenso prévio, antes da divulgação do acórdão, entre os *Justices* que, à vista do esboço do voto do relator, que lhes é encaminhado internamente, por cópia, podem aderir ou não a ele, ou condicionar a adesão à inclusão ou exclusão de determinado ponto, ampliando ou restringindo o alcance do aresto. A convergência é a regra. O voto individual, em separado, a exceção. Só ocorre quando a divergência abala as profundas convicções do *Justice* sobre a matéria posta em julgamento. As divergências jurídicas se resolvem epistolamente, sem ataques ou mágoas pessoais, no âmbito interno da corte, sem conhecimento do público. O acórdão do tribunal, quando é *per curiam*, não tem relator determinado e sequer é assinado pelos membros do tribunal. Do indivíduo se espera que se dispa de suas vaidades culturais, marcando posição pela divergência (no caso brasileiro geralmente por argumentos técnicos, dogmáticos, positivistas-legalistas, com acentuado amor à letra da lei, e, portanto, estéreis), e prestigie a valorização da instituição, eis que o colegiado dará possivelmente a decisão mais sábia, justa e conveniente aos interesses da nação. O homem, que é mortal, passa, mas a humanidade fica. Assim, o ministro passa, porém a instituição judiciária deve permanecer cada vez mais forte, a fim de poder cumprir sua missão constitucional.

Exemplo de voz única, absolutamente necessária na ocasião, com expressiva valorização da instituição, aconteceu no caso Nixon. Em 1973, ocorreu novo confronto de poder entre o Executivo e o Judiciário quando o presidente Nixon alegou o privilégio Executivo, com base na separação dos poderes, a fim de não entregar as fitas requisitadas pelo juiz Federal John Sirica no caso Watergate. Ele desafiou a Suprema Corte, exigindo um pronunciamento definitivo e conclusivo,

³² SWHWARTZ, Bernard. Op.cit., p. 20 e 39: *As soon as Marshall began to discharge his duties as head of the highest Court, Beveridge's classic biography inform us, "He quietly began to strengthen the Supreme Court. Before Marshal, the Court followed the English practice of having opinions pronounced by each of the Justices. "For the first time", says Beveridge, "the Chief Justice disregarded the custom of the delivery of opinions by the Justices seriatim, and, instead, calmly assumed the function of announcing, himself, the views of that tribunal." Marshall did so in the very first case decided by his Court. "Opinions of the Court" were made the primary vehicle for announcing decisions, with the opinion in virtually all important cases delivered by the Chief Justice himself. The change from a number of individual opinions to the Court opinion was admirably suited to strengthen the prestige of the fledgling Court. Marshall saw that the needed authority and dignity of the Court could be attained only if the principles it proclaimed were pronounced by a united tribunal. To win conclusiveness and fixity for its decisions, he strove for a Court with a single voice.*

dando a entender que não aceitaria decisões majoritariamente apertadas. Tinha confiança nos votos dos quatro juízes que indicara e que faziam parte, atualmente, dela. A Suprema Corte, que é composta por um *Chief Justice* e oito *Associate Justices*, por voto unânime, isto é, por 8 a 0, já que Rehnquist se deu por impedido, rejeitou o seu pedido. Nesse caso (*United States v. Nixon – 1973*), o *Chief Justice Burger*, falando por uma corte unida (lendo a posição do tribunal e não seu voto condutor), asseverou:

No desempenho das obrigações constitucionais previstas, cada poder do governo tem de interpretar inicialmente a Constituição, e a interpretação dos respectivos poderes por qualquer dos três ramos merece grande respeito dos outros dois. O advogado do presidente, como observamos, entende a Constituição como fornecendo privilégio absoluto de confidencialidade em todas as comunicações presidenciais. Muitas decisões desta Corte, todavia, têm inequivocamente reafirmado o precedente de *Marbury v. Madison*, no sentido de que “é enfaticamente a área de atuação e dever do departamento judiciário dizer o que a lei é.”³³

Acrescentou, ainda, que nem a doutrina da separação dos poderes, nem a necessidade da confidencialidade de comunicação de alto nível, sem mais, pode sustentar um absoluto e desqualificado privilégio de imunidade presidencial em relação ao processo judicial, debaixo de quaisquer circunstâncias.³⁴

Em razão do pronunciamento firme da *Supreme Court*, manifestada publicamente de modo inequívoco, em uma só voz, *Nixon* não teve outra opção senão preceder à entrega das fitas. Dezessete dias depois, por falta de legitimidade, e ameaçado de *impeachment*, renunciou.

7. Dos recursos para o Supremo Tribunal Federal

Aqui, três aspectos, abaixo comentados, merecem atenção em sua abordagem constitucional.

³³ GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. Op.cit., p. 252: *The President’s counsel, as we have noted, reads the Constitution as providing an absolute privilege of confidentiality for all presidential communications. Many decisions of this Court, however, have unequivocally reaffirmed the holding of Marbury v. Madison that it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.*

³⁴ HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History*. USA: Oxford University Press, 2nd ed, 1996, p. 547: *However, neither the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances.*

7.1. Necessidade de se alterar urgentemente a Constituição para se permitir o recebimento, em caráter discricionário, dos recursos especiais e extraordinários

Em face do princípio do devido processo legal (*due process of law*), adotado pela nossa Constituição Federal de 1988 (art.5º, incisos LIV e LV) com mais de oitocentos anos de atraso em relação ao direito inglês (Magna Carta de 1215) e mais de duzentos anos referentemente ao direito americano (Constituição de 1787), o recurso se cinge à instância ordinária: decisão e revisão. O acesso a outro nível, de instância especial, não se acha amparado por ele, salvo nos casos e condições especiais estipulados na própria lei que propiciar essa fase recursal.

Extrai-se dessa assertiva que o vencido não tem direito a mais de uma revisão. Pode vir a ter direito a um pronunciamento da instância especial, que fica hierarquicamente acima da ordinária, se demonstrar que atendeu aos pressupostos recursais estabelecidos em lei. Geralmente, a instância especial só reexamina a questão de direito, desprezando os aspectos fáticos, objeto de dilação probatória examinada na instância ordinária.

Com base no devido processo, a instância especial não é obrigada a apreciar o recurso a ela interposto, a não ser se tiver lei assim determinando. O princípio garante apenas que os apelos sejam endereçados ao tribunal revisor, evitando-se recursos diretamente às instâncias superiores, salvo ressalva em lei.

Esse é o ensinamento que se extrai do direito americano, a ver pela lição de Daniel John Meador, para quem

O princípio que embasa esse tipo de solução é o de que cada litigante tem direito a uma revisão do mérito da decisão de primeira instância e que esta revisão é feita pelo tribunal intermediário. Mas a teoria não assegura ao litigante o direito a duas apelações. Qualquer revisão posterior somente será admitida no interesse da construção pretoriana do direito ou do aperfeiçoamento do sistema jurídico. Por isso, a Suprema Corte tem a liberdade de determinar quais casos, dentre as inúmeras petições apresentadas, merecem sua atenção, enquanto desenvolve seu papel institucional de formadora do direito e deixa que a corte intermediária se ocupe da maioria das apelações e exerça a função de corrigir erros. É esta a estruturação jurisdicional recomendada pelos *Standards* de Administração Judicial da *American Bar Association*, que constituem um conjunto prestigiado de estruturas recomendadas e adotadas por muitos reformadores judiciais. No entanto, poucos Estados têm um esquema assim tão simples. Em muitos deles existem dispositivos legais que asseguram o acesso de determinadas matérias diretamente da primeira instância à Suprema Corte, sem passar pelo tribunal intermediário. Causas criminais nas quais uma pena de morte tenha sido imposta são freqüentemente tratadas desta forma. Em

alguns Estados esta jurisdição abreviada é assegurada para os casos nos quais a primeira instância tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual. O princípio é o de que casos dessa natureza são muito importantes, e como, provavelmente, alcançarão a Suprema Corte, a economia processual e a agilidade da justiça são mais bem atingidas mediante esse atalho.³⁵

Todavia, nesse assunto há várias confusões instaladas no Brasil.

7.2. Quantidade de recursos extraordinários

A primeira delas consiste no fato de que muitos doutrinadores ensinam que se deve limitar o número de recursos e dificultar o acesso às instâncias superiores especiais, tais como para o Supremo Tribunal Federal. Outra é que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial é feito, em um primeiro momento, justamente pelo tribunal contra cuja decisão se recorre. A finalidade, evidente, é a de se evitar a subida de recursos para aquelas Cortes. Ora, acredito estar havendo, nesses casos, uma inversão ilógica e irracional. Relativamente ao número de recursos para o Supremo Tribunal Federal, defendo que seja ampliado, como se viu acima, permitindo-o a partir da sentença de primeiro grau.

Nos Estados Unidos, a *U.S. Supreme Court* recebe, por ano, cerca de 7 mil pedidos de revisão de sentenças, dos quais toma conhecimento, apenas, de cerca de 100 casos, deferindo ou não o *Writ of Certiorari*. A *Justice* Sandra Day O'Connor, recentemente aposentada, conta que, quando tomou posse na Corte em 1981,

nós recebíamos em torno de 4 mil pedidos por ano para rever decisões particulares das cortes inferiores, mas nós aceitávamos e decidíamos com sentença fundamentada somente cerca de 150 por ano. Recentemente, a corte tem recebido cerca de 7 mil petições por ano e tem aceitado menos de 100. O número de petições admitidas declinou depois que o congresso em 1988 tornou discricionária a sua competência de corte de apelação.³⁶

Antes, dissera que outros 100 casos, que não envolvem arrazoados completos e sustentações orais, também são sumariamente (*per curiam*: pronunciamento do tribunal sem manifestações individuais) julgados por ano.³⁷

³⁵ MEADOR, Daniel John. *American Courts*. USA: West Publishing, 1991. (Os Tribunais nos Estados Unidos, Usis, p. 19).

³⁶ O'CONNOR, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. USA: The Easton Press, 2005, p. 9 e 11: *When I arrived at the Court in 1981 we received around 4,000 applications a year to review particular lower-court decisions, but we accepted and decided with full opinion only about 150 a year. Recently, the Court has been receiving over 7,000 petitions a year and has been accepting fewer than 100. The number of petitions granted declined after Congress in 1988 made the Court's appellate jurisdiction discretionary.*

³⁷ Idem, p. 5: *In addition, the Court summary decides up to another hundred or so cases without oral argument and full briefing.*

Note-se que a discricionariedade para julgar os recursos que lhe são endereçados, como instância especial – e não corte de apelação –, já havia sido autorizada, antes, pelo Congresso na revisão judiciária de 1925 (*The Judges Bill Act*).

O que se vê, lá, é o não-cerceamento do encaminhamento de petições à Suprema Corte Americana. Aliás, essas petições são até incentivadas, ao permiti-las a partir da sentença de primeiro grau, quando for alegada ofensa à Constituição ou à Lei Federal.

Diferentemente, porém, é a aceitação do recurso. A Suprema Corte não julga todos eles. Devolve a maioria com apenas um carimbo, dizendo que não foi acolhido.

7.3. Juízo de admissibilidade

No que pertine ao exame da admissibilidade pelos tribunais inferiores, é evidente que isso fere qualquer senso de razoabilidade. Como entender que o tribunal que julgou a improcedência da apelação possa emitir juízo de admissibilidade em relação ao recurso extraordinário, ou ao especial, endereçados pela parte vencida, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça?

Os que adoram o tecnicismo dirão que, caso esse tribunal não admita o recurso extraordinário (depois de exaurida toda a complexa processualística a que se refere o art. 542, do CPC), cabe agravo de instrumento para o Supremo que, em assim entendendo, pode mandar subir o recurso. Ora, há um desvirtuamento aí. Primeiro, porque o juízo de admissibilidade do recurso deve ser emitido por quem tem poderes para conhecê-lo. Segundo, porque a permissão da interposição do agravo de instrumento não desnatura a intrusão do tribunal inferior no assunto e, ao mesmo tempo, complica o já embaraçado sistema processual, ao ensejar mais um procedimento e outro recurso, totalmente desnecessários.

7.4. Demonstração de repercussão geral

Outro aspecto que considero incorreto é o recorrente ter de demonstrar no recurso extraordinário que a matéria contém questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, as quais são capazes de denotar a repercussão geral, como exige a Lei nº 11.418, de 20/12/2006.

Ora, quem decide se questão exposta no recurso extraordinário tem ou não relevância constitucional, ou se vai causar impacto nacional, seja para unificar jurisprudência, seja para alterar uma legislação inconsistente com a Constituição, é o próprio Supremo Tribunal. Assim, de um caso singular, de aspecto puramente individual, ele pode extrair consequências jurídicas de larga aplicabilidade.

Foi o que a *US Supreme Court* fez, a partir de casos individuais, aparentemente de interesse particular, sem significação ampla ou expressão geral, a ver:

Em *Gideon v. Wainwright*, em 1963, ela concedeu um *writ of certiorari* a Gideon, que pessoalmente recorreu diretamente a ela, por ter sido condenado por furto, sendo que, no julgamento, por ser pobre, não teve condições de contratar um advogado. O juiz, em face das leis do Estado-Membro, recusou-se a lhe fornecer um defensor dativo (gratuito, custeado normalmente pelo governo).

Vislumbrando a oportunidade de expandir o caso concreto, dando-lhe característica geral, a Suprema Corte regrou que:

Razão e reflexão requerem-nos reconhecer pelo sistema contraditório da justiça criminal, que a qualquer pessoa introduzida na corte, que é muito pobre para contratar um advogado, não lhe pode ser assegurado um julgamento imparcial, a menos que um advogado lhe seja providenciado. Isso parece ser uma óbvia verdade.³⁸

Estabelecendo esse precedente, a Suprema Corte disciplinou a assistência advocatícia nos Tribunais de Justiça.

Em outra oportunidade, ela estendeu esse amparo constitucional (de ter direito a um advogado) à fase do inquérito perante a polícia, desde a prisão do suspeito.

É o que foi decidido no famoso caso *Miranda v. Arizona*, em 1966. Miranda foi condenado em uma Corte estadual por sequestro e estupro. Ele havia sido preso e interrogado sem o aviso de que tinha direito de ter um advogado presente. Após duas horas, a polícia obteve dele uma confissão, que foi admitida como prova no seu julgamento. O tribunal de apelação estadual manteve a condenação, mas a Suprema Corte dos USA a reverteu, sob o argumento de que a polícia, para estar habilitada a usar a confissão, deve demonstrar que deu efeito pleno ao direito do indiciado de permanecer calado, ressaltando que tudo que disser será usado contra ele, e contar com a presença de um advogado, seja contratado por ele ou dativo, caso não possa pagar a um.³⁹

Conclui-se que os recursos, diretamente para as instâncias especiais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, etc.), devem ser incentivados, a partir da sentença de primeiro grau, sem a exigência de comprovação de interesse geral da causa, ou o exame da admissibilidade daquele que julgou o caso, eliminando-se toda a parafernália processualística, atualmente existente, aplicável à espécie.

³⁸ SCHWARTZ, Bernard. Op.cit., p. 280: *Reason and reflection require us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth.*

³⁹ SCHWARTZ, Bernard. Op.cit., p. 281: *“for the police must give so-called Miranda warnings: that the person arrested has a right to remain silent, that anything he says may be used against him, that he can have a lawyer present, and that he can have counsel appointed if he cannot afford one”.*

8. Da quebra do princípio do devido processo legal (*due process of law*)

8.1. Prazos maiores para os órgãos da União e o recurso de ofício

O princípio da separação e independência dos poderes impõe ao Judiciário que não se curve aos poderes eleitos (Executivo e Legislativo) quando eles asseguram, por meio de leis (ou emendas constitucionais), sua posição privilegiada perante o Poder Judiciário.

Assim, em virtude de leis, obriga-se o Judiciário a recorrer *de ofício*, como se parte fosse, em alguns casos em que os órgãos do Poder Executivo foram considerados sucumbentes por sentença judicial (CPC, art. 475; Lei nº 1.533/1951, art. 12 (mandado de segurança). Ora, essa função de agente do Executivo assumida pelo Judiciário é constitucionalmente intolerável.

De igual forma – agora afrontando o princípio da igualdade de todos perante a lei e a cláusula do devido processo legal (*due process of Law*), em sua dimensão processual, está inserida na Constituição Federal (art.5º, incisos LIV e LV), e que garante o tratamento isonômico das partes no processo – revela-se inconsistente com a Carta Política a concessão, por lei, de prazos especiais para a Fazenda Pública, aí englobando a União Federal (e Câmara dos deputados), Estados-Membros (e Assembleias legislativas), Municípios (e Câmara municipal) e suas correspondentes autarquias e fundações públicas e o Ministério Público para contestar ou recorrer (contam-se, respectivamente, em quádruplo e em dobro, *ex vi* do art.188, do CPC).

Dentro da dimensão unicamente processual do devido processo legal, que exige tratamento igualitário para as partes, não de ser extintos – por mera decisão judicial – os recursos *de ofício* (O Judiciário não é parte, nem pode pretender socorrer uma das partes), bem como os prazos mais dilatados para os entes estatais e suas autarquias e fundações. Afigura-se inconstitucional, ainda, o privilégio das intimações pessoais, tanto para essas pessoas jurídicas, como para o membro do Ministério Público, este nos processos cíveis, já que o advogado da parte contrária (pessoa física ou jurídica privada) não detém esse privilégio legal.

8.2. Assento privilegiado do Ministério Público nas audiências judiciais

Também constitui agressão ao princípio da igualdade o fato de se permitir ao membro do Ministério Público, principalmente nas ações penais públicas incondicionadas, de que é parte titular, como representante do Estado, ter assento, no alto, ao lado do juiz, geralmente confabulando com ele, enquanto o réu e seu advogado permanecem em baixo. Essa situação coloca o réu, psicologicamente, em posição de desigualdade processual – inferiorizando, inclusive, o próprio advogado –, o que viola a garantia constitucional da igualdade perante a lei.

Tal deferência da lei, baseada na suposta prerrogativa de função do Ministério Público, na realidade acoberta privilégio que diminui, ainda, o próprio Poder Judiciário, já que, tomando o membro do “*parquet*” assento no mesmo nível dos juizes, coloca-se na condição de poder, enquanto não passa de órgão, dotado, é certo, de autonomia, mas vinculado ao Poder Executivo, o qual o Judiciário tem a obrigação constitucional de controlar e checar seus limites de atuação. Obviamente, trata-se de mais uma intrusão do Executivo no Poder Judiciário. O processo criminal ocorrido nessas condições padece de nulidade, por ferir, simultaneamente, o princípio da igualdade das partes e o devido processo legal, que dá executividade a ele.

Nos Estados Unidos da América – lembre-se de que nossa Constituição é cópia da americana –, jamais um representante do Executivo teve assento junto ao Judiciário. Lá, o representante do Ministério Público (*District Attorney*), além de sentar-se no mesmo nível do advogado, e abaixo do juiz, é tratado, nas cortes de justiça, com a mesma deferência dada aos advogados, podendo, inclusive, ser advertido em audiência, ou, até mesmo, em hipóteses raríssimas, face ao respeito e homenagens mútuos, ser preso pelo juiz por desacato (*contempt of the court*).

Portanto, não se pode mais permitir que o membro do Ministério Público tome assento, nas audiências públicas, ao lado do juiz, em nível mais elevado que o advogado. Esse fato, além de denotar que o Judiciário dá maior realce ao representante do Estado, quebra a simetria que deve prevalecer entre as partes, notadamente no processo criminal, em que o MP, indiscutivelmente, é parte. E parte acusadora. Aos olhos do réu – e da própria sociedade –, o agente acusador e o juiz se confundem, como se ambos, no alto, estivessem contra ele, em baixo, na mais das vezes colocado longe de seu advogado, com quem, no decorrer da audiência, não pode trocar ideias e informações, de modo a, efetivamente, ter direito à mais ampla defesa. Obviamente, nesse caso, a imagem da justiça fica sob suspeita de parcialidade, vício intolerável para o Judiciário, cujo poder decorre, justamente, de sua imparcialidade e honorabilidade. Psicologicamente, também, até o advogado fica inferiorizado. Quem acredita em um Judiciário, em que uma das partes tem privilégio, ou tratamento diferenciado, como acontece atualmente? Quando o Judiciário perde sua credibilidade, torna-se, naturalmente, descartável, pelo menos como poder político, como aconteceu na França.

Quanto ao cotejo à fotografia dos nove *justices* que compõem a Suprema Corte dos Estados Unidos com a dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, noto que esta última retrata 12 pessoas. O procurador-geral da República, que aqui aparece ao lado dos ministros, revela-se, seguramente, um estranho no ninho.

9. Imunidade parlamentar

Constitui garantia constitucional o julgamento pelo juiz natural, isto é, aquele previamente designado por lei, competente para todos os casos da mesma espécie. Logicamente, o princípio refere-se ao cargo, legalmente preenchido, e não à pessoa que o ocupa. Portanto, o indivíduo, por exemplo, tem direito de ser julgado pelo juiz criminal da comarca, ou de determinada vara, consoante a prévia e imparcial distribuição do processo, mas não o de ser julgado pelo juiz tal, como pessoa.

Diz, taxativamente, a Constituição Federal de 1988 (art.5º, inciso XXXVII) que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”. Esse preceito é reforçado por outro, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, que deve ser considerado na sua grandeza jurídico-processual: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art.5º, inciso LIII).

Por evidência solar, a garantia do juiz natural, inerente ao Poder Judiciário, não se estende a outros atores que desempenham sua função junto a ele. Por aí se vê que inexistente a figura do promotor de justiça natural, mesmo porque esse fato contrariaria os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade, que informam essa nobre instituição do Ministério Público (CF, art.127, § 1º; e CPP, arts. 5º, 6º e 24).

Significa o preceito constitucional que o acusado da prática de um delito penal tem direito de ser julgado pelo juiz que é competente normalmente para aquele caso, de acordo com a lei. Não se admite juiz ou tribunal especial para o caso comum, nem por ser o réu também pessoa especial.

Revela-se, a meu ver, pois, inconstitucional, seja por ferir o princípio da igualdade, seja por maltratar a cláusula do devido processo legal, a concessão, por lei, ou mesmo por norma constitucional, da chamada prerrogativa de foro, pelo qual são julgados por juízes outros – que não o do distrito da culpa (em ocorreu o crime) – de que gozam deputados, senadores, presidente da República, ministros de Estado, governadores, deputados estaduais, prefeitos, juízes e promotores. Também constituem tribunais de exceção as cortes militares, quando julgam o militar por crime praticado contra civil. Em virtude do devido processo legal, lei abusiva, ou regra inserida na própria Constituição, não pode retirar dos juízes ou tribunais sua normal jurisdição, sob pena de afastar do feito o juiz natural. A lei fundamental pretendeu, com isso, proscrever os tribunais de exceção (foro privilegiado em razão das pessoas) e instituindo a garantia do julgamento pelo juiz natural, isto é, por aquele que é, legal e naturalmente, o titular do cargo, na área de jurisdição da ocorrência do fato tido como ilegal ou delituoso. Significa dizer que a Carta Política determinou, como princípio a ser observado, que todos devem ser julgados pelo juiz competente, sem exceção de pessoas, ou de exercício de cargo. Esse preceito da lei maior acha-se presentemente desvirtuado, eis que diversas autoridades escapam

ao juízo natural, sob o frágil argumento de prerrogativa do cargo (presidente da República, governadores, prefeitos, deputados e senadores, magistrados e promotores de justiça, ou seu equivalente federal, o procurador da República).

Os políticos – infelizmente, por falta de coragem do Judiciário, que abdica parte de sua competência privativa e, com isso, diminui a estabilidade política do País – só são processados quando seus pares permitem o julgamento, o que é uma coisa lastimável para a democracia e falta de exemplo de conduta reta pelos representantes do Estado, de quem se espera um paradigma exemplar de honra e decência.

A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca permitiu que o Legislativo lhe usurpasse parte de sua competência. Lá é ela quem decide se a imunidade do parlamentar, por votos e opiniões, tem conexão ou não com o crime pelo qual o parlamentar está sendo processado perante o juiz Federal de primeiro grau ou o júri.

Nada justifica esse pendor judicial de defesa dos representantes do estado, quando sua função primordial e constitucional é, justamente, o contrário, a de defender o povo contra a intrusão, o privilégio e o ataque dos agentes estatais. Em razão dessa cultura legalista e de subserviência ao governo, creio eu, é que duas coisas acontecem simultaneamente neste país: a existência de pessoas acima da lei e os milhões de marginalizados, submetidos ao império taxativo da lei.

Note-se que o fato que, realmente, transformou o Judiciário americano em poder político foi quando demonstrou ter capacidade de resguardar sua competência constitucional de ser o último intérprete da lei (dizer o que a lei é, direito conquistado por meio do *judicial review*), ressalvado ao Congresso alterar sua interpretação por emenda constitucional. Para isso, foi natural que ocorressem confrontos com os demais ramos do governo. Com relação ao Congresso, isso se deu quando os políticos pretenderam, eles mesmos, decidir sobre sua imunidade parlamentar, a fim de serem ou não processados pela justiça, quando denunciados pela prática de crimes. A Suprema Corte americana não hesitou em atribuir-se a si, em face do princípio da separação dos poderes e de sua missão constitucional de ser o intérprete final da Constituição, o direito de traçar as fronteiras da imunidade parlamentar, cingindo-a ao direito ao livre discurso e debate, dentro do Congresso. Nesse restrito sentido, pronunciou-se a Suprema Corte Americana (*Gravel N. United States – 1972*), ao declarar que

A cláusula do discurso e do debate pode ser invocada tanto nos processos civil ou criminal. Sua proteção estende tanto ao membro do congresso quanto a seus assessores, desde que estes executem serviços que seriam imunes se a conduta legislativa fosse praticada pelo membro do congresso.⁴⁰

⁴⁰ TRIBE, Laurence H. Op.cit., p. 370: *The speech or debate clause may be invoked in either civil or criminal proceedings. Its protection extends both to members of Congress and to their aides, insofar as the aides perform "services that would be immune legislative conduct if performed" by a member of Congress.*

De acordo com Laurence Tribe,

Pelos seus termos, a imunidade, que a cláusula de discurso ou debate confere, é absoluta. A Suprema Corte, não obstante, limitou os tipos de ações congressionais protegidas pela imunidade. O primeiro caso (*Kilbourn v. Thompson* – 1881) a corte declarou que a imunidade se estende a todas “coisas geralmente feitas numa sessão do congresso por um dos seus membros em relação aos negócios de que cuida”.⁴¹

Por negócios congressionais, a Suprema Corte definiu que não incluía todo ato executado por um membro do parlamento. Assim, no caso *United States v. Brewster* – 1972, um ex-senador federal foi propriamente condenado por simplesmente aceitar suborno, o qual, obviamente, não faz parte do processo ou da função legislativa.⁴²

Segundo esse renomado constitucionalista americano, a linha separando ações protegidas das não protegidas é a última entre “atividades puramente legislativas” e “matérias políticas”. Atividades legislativas incluem todas as ações congressionais que são

uma parte integral do processo deliberativo e comunicativo pelo qual os membros participam de comitês e procedimentos da casa relativamente à consideração e passagem ou rejeição de legislação proposta ou referente a outras matérias que a Constituição coloca dentro da jurisdição de cada Casa. Assim, em adição ao literal debate e fala, uma gama de outros atos – votação, preparação de relatórios do comitê, condução de audiências do comitê, por exemplo – é claramente protegida pela cláusula do discurso e do debate. As matérias políticas desprotegidas são, por exemplo, serviços providenciados aos parlamentares, ajuda pessoal na intermediação de contratos governamentais, ou no agendamento de reuniões nas agências governamentais, bem como na comunicação direta com o público, ou através da *mídia* (*newsletter*, *press release*), ou de discursos manifestados fora do Congresso ou por meio de publicação de livros. Essa publicação externa não é protegida pela cláusula do discurso e do debate, mesmo se o material publicado

⁴¹ Idem, ibidem: *By its terms, the immunity the speech or debate clause confers is absolute. The Supreme Court has nonetheless limited the kinds of congressional actions protected by the immunity. In the first case to construe the speech or debate clause, Kilbourn v. Thompson, the Court held that the immunity extends to all “things generally done in a session of Congress by one of its members in relation to the business before it.*

⁴² Idem, p. 37: *A former member of the House of Representatives could not be prosecuted on a conspiracy charge where conviction on the charge required proof that the legitimately legislative act of making a speech before Congress was the result of bribery, a former United States Senator was properly convicted for simply taking a bribe, “obviously no part of the legislative process or function.*

estava anteriormente conectado ao curso de uma atividade legislativa protegida.⁴³

Afirma, ainda, esse famoso professor de Direito Constitucional da Universidade de Harvard que há duas principais justificativas para a interpretação pelo Judiciário de cláusula do discurso e do debate a fim de dela excluir pelo menos algumas atividades congressionais. A primeira, porque, não obstante, a cláusula constitucional que dá poderes ao Congresso de disciplinar seus próprios membros, de fato ele é mal equipado para investigar, julgar e punir seus membros, em conexão com a conduta somente “incidentalmente relacionada com o processo legislativo”. Exceto em circunstâncias extraordinárias ou de partidarismo do Congresso, espera-se sua relutância em punir seus próprios membros. E se o parlamento agir, não há garantia de que o alvo de sua ação se beneficiaria das salvaguardas procedimentais contra injustiças, disponíveis no procedimento judicial. A segunda, que uma construção mais abrangente da cláusula do discurso e do debate se justifica pela mútua coexistência da imunidade legislativa e da revisão judicial.⁴⁴

Como asseverou a Suprema Corte (*Powell v. Mac Komack-1969*), “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.⁴⁵ Assim, a limitação pela Suprema Corte da imunidade congressional à pura “ação legislativa” é, talvez, uma tentativa de acomodação entre as competitivas atribuições constitucionais da revisão judicial e da autonomia legislativa.⁴⁶

⁴³ Idem, p. 371-372: *The line separating protected from unprotected congressional action is ultimately one between “purely legislative activities” and “political matters”. Legislative activities include all congressional actions that are “an integral part of the deliberative and communicative processes by which members participate in committee and House proceedings with respect to the consideration and passage or rejection of proposed legislation or with respect to other matters which the Constitution places within the jurisdiction of either house”. Thus, in addition to literally speaking or debating, a range of other acts - voting, preparing committee reports, and conducting committee hearings, for example - are clearly protected by the speech or debate clause. Unprotected political matters include providing constituent services, aiding individuals seeking government contracts and arranging appointments with government agencies, as well as communicating directly with the public through such media as constituent newsletters, press releases, speeches delivered outside of Congress, and book publishing. Such outside publication is not protected by the speech or debate clause even if the material published was previously communicated in the course of protected legislative activity.*

⁴⁴ TRIBE, Laurence H. Op.cit., p. 373: *However this evidentiary matter is resolved, there are two principal justifications for interpreting the speech or debate clause to exclude altogether at least some congressional activity. First, although article I, § 5, empowers Congress to discipline its own members, it in fact “is ill-equipped to investigate, try and punish its Members” in connection with conduct only “incidentally related to the legislative process.” Except in extraordinary or partisan circumstances, Congress may be expected to be reluctant to punish its own. And if Congress should act, there is no guarantee that the targets of its action would benefit from the procedural safeguards against injustice available in judicial proceedings. A less than encompassing construction of the speech or debate clause is justified, second, by the mutual coexistence of legislative immunity and judicial review.*

⁴⁵ TRIBE, Laurence H. Op.cit., p. 373: *The purpose of the protection afforded legislators is not to forestall judicial review of legislative action.)*

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 374: *The Supreme Court’s limitation of congressional immunity to “legislative action” is perhaps best understood as an attempted accommodation of the competing constitutional commitments to judicial review and legislative autonomy*

Atentos a essas lições de Direito Constitucional sobre a delimitação da imunidade parlamentar, está, com todo respeito, passando da hora de se fazerem os ajustes constitucionais necessários para dar mais transparência na justiça brasileira. Assim, nos crimes comuns não envolvendo a liberdade de opinião ou livre manifestação política, toda pessoa, exercente de cargo público ou político, até mesmo o presidente da República, deve responder perante o juiz de primeiro grau.

Compete, pois, ao Supremo Tribunal Federal dizer e delimitar precisamente a imunidade parlamentar, exercendo sua função constitucional de frear o abuso do Congresso, que avocou, inconstitucionalmente (a norma vale menos que o princípio), para si o poder decisório, inclusive o de sustar o andamento da ação penal, usurpando competência essencialmente própria do Poder Judiciário, quando o correto é o contrário.

Com efeito, se durante o trâmite de uma ação penal o parlamentar invocar a imunidade, o Supremo Tribunal verificará, após ouvir o ministério público, se ela tem pertinência com seus objetivos de proteger o congressista pela sua livre manifestação do pensamento no exercício da atividade representativa popular. Caso o crime não esteja coberto pela imunidade (crime comum, por exemplo), o Supremo Tribunal decidirá o incidente contra o parlamentar e autorizará o andamento da ação penal perante o juiz Federal de primeiro grau.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal deve atuar, como regra, apenas como instância final recursal. Agride seu *status* constitucional funcionar como corte de primeiro grau, ouvindo testemunhas e colhendo provas processuais, ainda que essa parte se faça por meio de delegação aos juízes de instância inferior.

O contrário ocorre nos Estados Unidos. O presidente Bill Clinton, no caso de suas relações impróprias com uma estagiária da Casa Branca, respondeu criminalmente perante um juiz Federal de primeiro grau. Apenas teve o privilégio de ser ouvido, por meios eletrônicos, sem sair do recinto presidencial.

Se for deferido ao Legislativo tal poder (o de julgar os delitos criminais de seus membros, ou isentá-los da jurisdição criminal judiciária), já não estamos mais regidos por uma forma de governo republicana, com nítida separação dos poderes, mas estaremos debaixo de um sistema de governo parlamentarista, a exemplo da Inglaterra, onde a palavra final sobre as decisões do Judiciário pertence à câmara dos *Lords*, pois lá só existe um poder: o Parlamento.

Não se esqueça de que nossa Constituição Federal, no que toca à estrutura de governo e repartição de poderes, seguiu, a exemplo das Constituições republicanas desde a primeira de 1891, o paradigma americano. As normas nela inseridas, de proteção aos congressistas e mandatários do Executivo, mesmo cobertas sob o falso manto da prerrogativa do cargo, não encontram sustentabilidade constitucional, em face dos princípios adotados na Carta Política, que prevalecem, indiscutivelmente, sobre as normas constitucionais.

CONCLUSÃO

Para mudar o Judiciário brasileiro, principalmente o Supremo Tribunal Federal, o que se torna irremediavelmente necessário, a fim de que se transforme em um verdadeiro poder político – e não mero aplicador literal de lei ou de norma constitucional – de igual dimensão e envergadura dos demais ramos governamentais eleitos, é preciso, muito mais que a edição de leis (um poder político independente e igual aos demais não pode ficar na dependência do Legislativo para exercer sua nobre missão constitucional), que ocorra uma profunda mudança de mentalidade jurídica por parte dos juízes, de modo a passarem a interpretar a Constituição sobrepondo-a, efetivamente, às leis e normas constitucionais que não guardem sintonia com ela, ou com os princípios e os valores sociais que ela abriga e que constituem os seus fundamentos. Em uma verdadeira democracia, o enfrentamento dos poderes eleitos pelo Judiciário, no exercício de sua missão constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), é extremamente salutar e necessário. Do contrário, não há de se falar em Judiciário independente.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTLE. *Politics and Poetics*. USA: The Easton Press, 1979.
- BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American Constitutionalism in Historical Perspective*. USA: Rowman & Littlefield, 1988.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 1996.
- FLEXER, James Thomas. *Washington – The Indispensable Man*. USA: Back Bay Books: Little, Brown and Co., 1974.
- HALL, Kermit L, Wiecek, William M. and Finkelman, Paul. *American Legal History*. USA: Oxford University Press, 2nd ed, 1996.
- HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. USA: The Easton Press, 1979.
- JEFFERSON, Thomas. *Writings*. USA: The Easton Press, 1993.
- GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory: A Reader*. USA: St. Paul: West Publishing, second edition, 1991.
- GLICK, Nathan. *Explaining the Constitution: The Federalist Papers*. In: *An Outline of American Government*. USA, 1989.
- MARKS Jr., Thomas C.; COOPER, John F. *State Constitutional Law*. USA: West Publishing, 1988.
- MARSHALL, John. *McCulloch v. Maryland*. 17 U.S. 316 (Wheat), 1819.
- MEADOR, Daniel John. *American Courts*. USA: St. Paul/Minn: West Publishing, 1991 (Os Tribunais nos Estados Unidos. Usis).
- O'CONNOR, Sandra Day. *The Majesty of the Law*. USA: The Easton Press, 2005.

- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. USA: William Morrow, 1987.
- ROSE, Jonathan. *About the United States History –Leif Ericson to 1865*. USIA.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. USA: Oxford University Press, 1993.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal – Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed, 2001.
- _____. *Freios e Contrapesos – Checks and Balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- _____. *500 Anos de Servidão – A lei como instrumento de dominação política no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004.
- _____. *Tribunal Arbitral-Nova Porta de Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- SCHROEDER, Richard and Click, Nathan. *An Outline of American government*. USIA, 1989.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 2nd ed, 1988.
- WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por Detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.