



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 3 | n. 3 | setembro/dezembro 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva*

The jurisprudence of the Supreme Court on Impeachment and its impact on Municipal Mayors in a discursive perspective

JANRIÊ RODRIGUES RECK**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
janriereck@unisc.br

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
carolinemb@unisc.br

Recebido/Received: 18.09.2016 / September 18th, 2016
Aprovado/Approved: 29.09.2016 / September 29th, 2016

Resumo

O problema que move este trabalho envolve a especulação sobre como a jurisprudência do STF sobre impeachment de Presidente da República impacta no regime jurídico do impeachment de prefeito. A hipótese é a de que os mesmos argumentos e causas de decidir do impeachment de Presidente se aplicam aos prefeitos, em uma abordagem a partir da Democracia Deliberativa e dos Discursos, contudo, tais perspectivas são altamente criticáveis. Em um primeiro momento será abordada a relação entre Democracia Deliberativa e responsabilização de prefeitos; em um segundo, a para, em

Abstract

This work problem's develops around the speculation of how the Supreme Court jurisprudence on President's impeachment impacts the legal framework for the impeachment of the Mayor. The hypothesis is that the same arguments and reasons to decide the impeachment of President apply to mayors. In an approach from the Deliberative Democracy and Discourses, however, such perspectives are highly objectionable. At first it will be addressed the relationship between Deliberative Democracy and accountability of mayors; in second, demarcate, in a speculative manner, the principles of the responsibility crimes; In a third step

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. A jurisprudência do STF sobre Impeachment e sua repercussão aos Prefeitos Municipais em uma perspectiva discursiva. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 191-214, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48535.

* Este artigo é fruto de um projeto de pesquisa conjunto dos professores sobre "Controle social e administrativo de políticas públicas" vinculado ao programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. A pesquisa foi desenvolvida no marco do projeto internacional financiado "Prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública: instrumentos administrativos y penales" (Programa CAPES/DGPU de Cooperação entre Brasil e Espanha - Edital nº 40/2014), coordenado pela Universidade da Coruña-Espanha e UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul.

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: janriereck@unisc.br.

*** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: carolinemb@unisc.br.

seguida, demarcar, de modo especulativo, os princípios do regime jurídico dos crimes de responsabilidade; em um terceiro momento analisar-se-ão os argumentos que justificam o caráter jurídico-político da decisão de impeachment para, finalmente, criticar-se um certo ativismo judicial que se materializa justamente pela inanição do Poder Judiciário em cuidar das condições do processo democrático.

Palavras-chave: democracia deliberativa; discurso; impeachment; Prefeitos; jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

will analyze the arguments justifying the legal and political nature of the impeachment decision to finally criticize a certain judicial activism that materializes precisely the starvation of the judiciary in taking care of the conditions of the democratic process.

Keywords: deliberative democracy; discourse; impeachment; Mayors; Supreme Court jurisprudence.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A pluralidade de instâncias de responsabilização de Prefeitos no Brasil em uma Democracia Deliberativa; **3.** Identificação dos marcos gerais dos discursos de justificação dos crimes de responsabilidade e a construção de seu regime jurídico em um Estado Democrático de Direito; **4.** Argumentos de aplicação do caráter jurídico-político da decisão de impeachment; **5.** Democracia procedimental e (des)controle judicial: propostas de uma leitura crítica; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste artigo gira em torno das repercussões da jurisprudência sobre impeachment no campo dos prefeitos municipais. A Lei Federal nº 1.079/50 regula o impeachment de Presidente, Governador e outras autoridades maiores. Esta lei fora lida à luz da Constituição Federal pelo STF – inclusive com relevantes novidades advindas do conflituoso e controverso processo jurídico-político de 2016 ocorrido em nível de presidência da República.¹ Ocorre que o impeachment de Prefeitos é regulado por outra lei, o Decreto-lei 201/67. Assim, a pergunta que se impõe é: quais são as possíveis repercussões políticas, científicas e jurídicas advindas da jurisprudência do STF ao impeachment de prefeitos? O foco temporal será a jurisprudência contemporânea do STF, notadamente a ADPF 378 e suas repercussões.

Cientificamente, o trabalho transitará pela Democracia Deliberativa e pela Teoria do Discurso. Ocorre que como o tema envolve os fundamentos das concepções de democracia – já que se está a discutir a responsabilidade e a possível substituição de um representante máximo de uma entidade federativa dotada de autonomia por outra figura não necessariamente eleita – daí a razão pela qual é necessário retornar aos fundamentos da Democracia. Por outro lado, é necessário adentrar e analisar os argumentos fundantes tanto dos crimes de responsabilidade como os de aplicação da referida ADPF, para fins de avaliação crítica.

¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>.

O caminho deste artigo segue 4 momentos, os quais correspondem aos objetivos específicos.

Em um primeiro momento, contrastar-se-ão as considerações da Democracia Deliberativa acerca do papel do cidadão, do processo político, do Direito e da Política com a multiplicidade de instâncias de responsabilização de prefeitos. Este trabalho é o pano de fundo que vai ilustrar e servir de ponte para o ponto seguinte.

O segundo objetivo é a identificação do regime jurídico dos crimes de responsabilidade a partir dos discursos de justificação. Os discursos de justificação são os discursos que fundamentam o acordo relativo à produção de determinadas normas. Geralmente estas normas são uma amálgama de argumentos morais, éticos e de auto interesse ou pragmáticos. Os crimes de responsabilidade, portanto, ao mesmo tempo que vedam *especificadamente* muitas condutas, possuem, contudo, um núcleo condutor princípio comum, ligado com aqueles argumentos anteriormente descritos, estando conectados com o direito fundamental ao bom governo.

O terceiro objeto visa investigar, também em uma perspectiva discursiva, como o a jurisprudência tratou a decisão legislativa acerca da instalação e condenação/abolição de uma autoridade em impeachment, identificando seus argumentos de base.

Finalmente, propõe-se, como derradeiro objetivo, partir de uma crítica procedimentalista e deliberativa para se avaliar se a Suprema Corte, ao estabelecer tais marcos decisórios, contribuiu para a formação de esferas públicas e procedimentos democráticos garantidos pela busca do melhor argumento.

2. A PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PREFEITOS NO BRASIL EM UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Habermas estabelece os marcos fundamentais da Teoria da Democracia Deliberativa ao contrastá-la com as Democracia de estilo liberal e comunitarista/republicano. Ao estabelecer uma concepção normativa, isto é, acerca dos modelos idealizados de como a Democracia deve ser, ele estabelece diferenças de como estas diferentes perspectivas de Democracia enfrentam conceitos centrais de uma deliberação pública, tais como o conceito de cidadão, de deliberação pública, de Administração Pública e quais os argumentos levantados em uma deliberação pública².

O papel da deliberação pública, na concepção liberal, é a de programação da Administração Pública. Administração Pública e sociedade civil são vistas como separados e a primeira é um serviçal da segunda – a qual é vista como uma virtuosa situação de troca de mercadorias. Na concepção republicana, há uma assimilação entre sociedade civil e Administração Pública, sendo que, através do processo democrática, constitui-se

² HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

a sociedade. Não há uma sociedade virtuosa preexistente ao processo democrático. A concepção deliberativa percebe a sociedade civil como separada da Administração Pública mas conectada aquela por processos que transcendem à mera programação e legitimação, de modo que o processo político é também um mecanismo de formação de valores individuais e sociais.

Acerca da concepção de *cidadão* envolvido, em uma concepção liberal o cidadão é alguém que, buscando preservar seus projetos individuais de vida, tem possibilidades de programar a Administração Pública para a preservação da perseguição destes ideais pessoais de vida boa. Em uma concepção republicana, existem valores coletivos ou éticos que compõem um ideal de vida boa. O sujeito só se socializa e é feliz a medida que também são realizados os valores da comunidade. Além disto, espera-se do cidadão que seja virtuoso, ou seja, que proceda a um mínimo de renúncia às suas vantagens individuais em favor do todo. Em uma concepção deliberativa, a despeito do reconhecimento de que a socialização e individuação só é possível em comunidade, percebe-se, por outro lado, que os projetos individuais de felicidade são irrenunciáveis.

Sobre a *formação* do Direito, na concepção liberal vê-se que o Direito é uma construção posterior aos direitos humanos e eles subordinados. Já na concepção republicana os direitos fundamentais são construções do Direito objetivo. No caso da concepção deliberativa, há uma relação de co-originariedade entre Direito Fundamentais e ordenamento: cada um existe precisamente como pressuposição do outro³.

A *política*, na concepção liberal, é uma luta das elites. Pelo voto, a população escolhe os melhores quadros para a programação da Administração Pública. Na concepção republicana, os quadros da Administração Pública são fâmulos da vontade popular. Esta é o elemento supremo – e a política é, então, a formação da vontade comunitária. Não há dúvidas que a concepção republicana é radicalmente democrática. Na concepção deliberativa, o elemento central da política são os procedimentos de formação da opinião, os quais devem possibilitar a formação de juízos capazes de levar em conta os diferentes interesses e ao mesmo tempo possibilitar a socialização dos participantes⁴.

Com relação aos *argumentos* levantados durante o processo de deliberação democrática nota-se que na concepção liberal só estão autorizados a entrar, além de direitos universalistas de defesa ante os demais e à Administração Pública, argumentos de interesse individual. No caso da coempção republicana, o argumento padrão para a deliberação democrática é o argumento ético, ou seja, aquele relacionado aos valores da comunidade. A concepção deliberativa observa que o processo político, a despeito de aberto aos valores éticos da comunidade, não pode deixar de também levar em conta os argumentos relativos ao auto interesse dos cidadãos envolvidos, os quais devem

³ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

ter a chance de realizar seus interesses e seus projetos pessoais de felicidade, mesmo que egoisticamente motivados. Mais do que isto, em uma concepção deliberativa de Democracia o processo político está aberto a argumentos morais, ou seja, argumentos de cunho universalista e que portanto são capazes de realizar uma leitura crítica dos valores comunitários⁵.

Reconectando o que fora dito com o problema deste trabalho. O Brasil adota o sistema presidencialista, com uma figura no topo e que se responsabiliza pelo governo. Este presidente, além de entabular as negociações políticas com os demais poderes, também toma decisões legislativas e administrativas, com o auxílio de seus ministros. No Brasil é adotado princípio da simetria. Enquanto federação quadripartite (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) o Brasil possui uma Constituição que detalha as atribuições e peculiaridades do Presidente da República, sem o fazê-lo, contudo, para governadores e prefeitos. Entretanto, pelo princípio da simetria é possível estender o regime jurídico do Presidente às demais autoridades mencionadas.

Tal, contudo, não é verdadeiro no que toca às responsabilidades. Devido a maior quantidade e menor repercussão dos decisões, os prefeitos estão submetidos a um regime jurídico mais complexo de responsabilização. De fato, no Brasil os prefeitos sofrem uma fiscalização administrativo-financeira tanto dos tribunais de contas estaduais como do federal; poderá cometer crimes comuns próprios, a serem processados na justiça comum de segundo grau; poderá ser parte passiva de mandados de segurança, de ações populares; poderá ter de representar o Município em ações civis públicas movidas pelo ministério pública, defensoria pública, outras esferas de governo e associações particulares, será punido por atos de improbidade administrativa e poderá, finalmente, ter de responder a crimes de responsabilidade também perante o Poder Judiciário e perante a Câmara de Vereadores. Esta pluralidade de possibilidade de punição (7 possibilidades pelo menos) não está em um regime de exclusividade, onde para cada conduta teremos uma esfera diferente de responsabilidade, mas sim em um regime de cumulação, onde de um mesmo fato ou conjunto de fatos poderá emergir diferentes condenações, com diferentes repercussões tanto para o agente público prefeito como para o Município – sendo, inclusive, possível que um mesmo tipo de punição seja aplicado em duplicação.

Partindo-se de um modelo deliberativo, mas ainda tendo as concepções republicana e liberal como panos de fundo possíveis, que leituras são possíveis de serem feitas a partir deste caldo de responsabilizações possíveis? É evidente que não existe e nunca existiu um plano em direção à pluralidade. Os regimes foram se acumulando de forma caótica em uma mistura de atecnia, populismo punitivista e tentativa de

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

rompimento com o conhecido passado patrimonialista e corrupto do Brasil. Trata-se de um processo de evolução no sentido luhmmaniano, ou seja, oscilação, seleção e estabilização, e não necessariamente um direcionamento a maior racionalidade. Entretanto, deste caos histórico é possível reconstruir algum sentido.

De fato, retomando a concepção de cidadão em uma Democracia Deliberativa vem a calha dizer que, em um ordenamento que tenta proteger a moralidade administrativa como o brasileiro, não é possível observar que o cidadão é um sujeito passivo que somente se movimenta para programar a Administração. Se é verdade que uma boa programação da Administração Pública só é possível com agentes públicos previsíveis, por outro lado espera-se mais dos agentes públicos que simplesmente sejam uma melhor elite. Fala-se isto porque há nos diferentes regimes jurídicos de responsabilização não só a penalização de condutas que seriam sancionáveis a partir de uma perspectiva burocrática, mas também são reprimidas com sanções e mecanismos de controle também ações e omissões que ofendem os valores e princípios de uma dada comunidade, como no caso dos políticos que não perseguem os objetivos constitucionais e por isso podem aparecer como representando o ente público réu em ações civis públicas ou mesmo quando a lei da improbidade administrativa pune o desrespeito a princípio da Administração Pública. Além disto, há um reconhecimento de um cidadão que age ativamente, enquanto parte autora de ações, tanto solitariamente como associado a seus conterrâneos, como no caso da ação população ou no caso da ação civil pública movida por associação. E ainda na hipótese em que o cidadão não pode ser parte no processo ele sempre poderá no mínimo deflagrá-lo através de notícias ao Ministério Público, Câmara de Vereadores e Tribunal de Contas.

O sentido de Direito envolve a relação entre direitos fundamentais e ordenamento jurídico. É evidente que em uma concepção pós-metafísica não é mais possível fundamentar que há direitos preexistentes ao ordenamento⁶. Daí a razão pela qual a existência que, ao tentar afastar agentes ímprobos, acabam por proteger o próprio processo de produção do Direito.

A existência de processos múltiplos de responsabilização indicam um valor deliberativo que leva à proteção da moralidade como um processo de socialização. De fato, mais do que proteger a programação da Administração Pública, a existência de múltiplas formas de responsabilização é também uma forma de constituir tanto os valores da comunidade brasileira como também de socializar o próprio cidadão, através dos exemplos de punições e das aberturas à participação.

A concepção de processo democrático para a compreensão da multiplicidade de responsabilizações é a Deliberativa sem dúvidas. De fato, quando se entende o

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

processo democrático como um processo onde as partes se entendem para preservar ao mesmo tempo projetos pessoais e coletivos de felicidade, com abertura e disponibilidade ao diálogo, tem-se um pano de fundo mais rico para se perceber que não está simplesmente punindo ou coagindo um eventual corrupto, mas sim preservando os projetos pessoais e coletivos de felicidade, os quais abrangem um valor comunitário de enaltecimento da honestidade.

Em uma perspectiva de *quais argumentos contam* em uma democracia, se se pensar em uma perspectiva liberal é necessário que o Administrador seja eficiente para que o mercado seja preservado. Entretanto, o sentido de Democracia Deliberativa faz com que se vá muito mais além. De fato, a responsabilização está conectada com uma necessidade e um objetivo histórico da comunidade, constituindo-se em um valor moral e ao mesmo tempo comunitário, mormente em se levando em conta a história do Brasil.

Enfim, retomando-se e finalizando-se a argumentação. Seria possível fazer uma leitura liberal da pluralidade de instâncias de responsabilização dos agentes políticos no Brasil. Esta pluralidade, em uma perspectiva liberal, existiria para proteger o mercado e para que as melhores elites sejam escolhidas. Entretanto, uma leitura a partir da Democracia Deliberativa percebe-se que esta é uma maneira muito pobre de se ver a pluralidade de responsabilizações. De fato, a Constituição fomenta um cidadão ativo, o qual poderá influenciar em um processo político que se percebe como racional e aberto tanto à moralidade como aos valores de uma comunidade que se entende como portadora de uma história de corrupção que precisa urgentemente ser rompida em direção à satisfação dos direitos fundamentais.

3. IDENTIFICAÇÃO DOS MARCOS GERAIS DOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E A CONSTRUÇÃO DE SEU REGIME JURÍDICO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Habermas acredita na resposta correta em política. De fato, Habermas imagina o processo político em uma Democracia deliberativa como uma situação em que o poder comunicativo flui da esfera pública e é criticado e racionalizado em procedimentos públicos, tornando-se Direito e assim programando-se a Administração Pública⁷.

A política é racional, na visão de Habermas, por que os argumentos políticos que se incorporarão na norma, e, no final das contas, a própria norma jurídica, são capazes de consenso. A norma, enquanto resultado final de um processo político, pode ser objeto de um consenso entre os participantes da comunidade. A medida que este

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

consenso se efetua, a norma se torna legítima e com isto é capaz de coordenar ações – justamente a função social do Direito, para Habermas⁸.

Uma norma ou ato de fala só é capaz de gerar consenso na medida em que é defensável. No caso do Direito, em proposições não-assertóricas, isto é, proposições que estão no campo da racionalidade prática ou relacionadas com quais programas de ação os indivíduos e uma comunidade podem dar a si mesmos⁹.

Estas proposições fundamentam, deste modo, uma oferta de ato de fala. Pode-se pensar a norma, assim, como uma espécie de ato de fala. A institucionalidade oferece ao ouvinte uma proposta de consenso via ato de fala, ao qual é defendida proposionalmente e estruturada em forma de discursos. Este ato de fala, é importante lembrar, foi gerado comunicativamente em um processo democrático.¹⁰

Conforme observado anteriormente, o discurso que fundamenta uma norma pode ter como conteúdo, na visão de Habermas, perspectivas morais, ou seja, condutas que valeriam para todos em todos os lugares; perspectivas éticas, ou seja, conectadas com as preferências históricas da comunidade, e perspectivas pragmáticas, ou seja, conectadas com as preferências individuais e egoísticas dos participantes¹¹.

O discurso de fundamentação, com base nestes argumentos, é regido pelo princípio do discurso e pelo princípio da universalização. Por princípio do discurso entende-se a pretensão de validade defendida pela institucionalidade defensora da norma de que fora elaborada conforme procedimentos democráticos de abertura argumentativa, participação e possibilidade de influência de todos os cidadãos. O princípio da universalização tem por conteúdo a ideia de que as normas devem ser o igual interesse reflexivo dos cidadãos, tendo em vista suas perspectivas de projetos tanto individuais pessoais como coletivos¹².

[...] o conceito de discurso racional conserva o status de uma forma de comunicação privilegiada, que exorta os participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas. Os pressupostos de comunicação normativamente exigentes e incontornáveis da práxis argumentativa têm sempre o sentido de uma obrigação estrutural que nos leva a formar um juízo imparcial. Pois a argumentação permanece como o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas. Não existe um acesso direto, não filtrado pelo discurso, às condições de verdade de convicções empíricas. Com efeito, só

⁸ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

¹² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004

*se tematiza a verdade de opiniões abaladas – de opiniões desentocadas da inquestionabilidade das certezas de ações que funcionam*¹³.

Assim, a questão é tentar reconstruir que interesses e que argumentos pragmáticos, morais e éticos envolvem a responsabilização de prefeitos, notadamente o Decreto-Lei 201¹⁴.

De fato, isolando-se o Decreto-Lei 201 das demais normas que tutelam a figura do prefeito, nota-se o famoso misto e diferenciado dos crimes de responsabilidade. Enquanto que os crimes de responsabilidade de governadores e presidente serão julgados exclusivamente pelo órgão legislativo, sendo que as punições envolverão a perda de direitos políticos, no caso dos crimes de responsabilidade de prefeitos estabelecidos no Decreto-lei 201 há um segmento de crimes julgados pelo Poder Judiciário e outro segmento julgado pelo Poder Legislativo, sendo que no primeiro caso as penas envolverão a privação da liberdade e no segundo caso terão caráter político.

Os crimes de responsabilidade que serão julgados pelo Poder Judiciário são mais precisos e estão conectados com a probidade da Administração e com boa gestão orçamentária. Tais crimes não diferem muitos dos que estão previstos no Código Penal. Assim, em ambos casos os bens jurídicos protegidos serão a probidade da Administração e a boa gestão orçamentária.

Interessa a este trabalho especificamente a problemática dos crimes de responsabilidade julgados pela Câmara de Vereadores. Analisando-se os tipos do Decreto-Lei, verifica-se que eles se encontram uma forma mais aberta. Eles não estão conectados apenas com uma probidade em sentido estrito, como não apropriação de verbas públicas ou de gestão formal do orçamento, mas sim com a ideia de respeito às liberdades dos demais poderes e com o preenchimento das competências constitucionais. De fato, dois sintagmas chama a atenção: “Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática” e “Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo”, ambos incisos do art. 4^a do Decreto-Lei 201.

Estes tipos evidentemente possuem um conteúdo mínimo de enlace para a ação. Fundamentam-se, em uma perspectiva deliberativa, novamente na proteção não da figura do agente probo e honesto, mas também na proteção ao procedimento democrático e na supremacia do Direito. Ocorre que a sua abertura para a ação revelam um otimismo democrático que talvez entre em contraste com os demais princípios de Direito Penal. De fato, enquanto crimes que são, as condutas tipificadas no Decreto-Lei 201 devem ser lidas como crimes que são.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p.49.

¹⁴ BRASIL, **Decreto-Lei 201 de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10201.htm.

Os crimes, dado o avanço civilizatório presente na Constituição de 1988, possuem um regime jurídico peculiar, qual seja: - função do direito penal dizer o que é errado; a materialidade do fato, o fato deve existir; a responsabilização pessoal, o agente que cometeu o fato deve responder; responsabilização subjetiva, isto é, deve existir a consciência da prática do ato ilícito no agente; - tipicidade, com o tipo sendo descrito de modo preciso e, a ofensividade

4. ARGUMENTOS DE APLICAÇÃO DO CARÁTER JURÍDICO-POLÍTICO DA DECISÃO DE IMPEACHMENT

Nesse momento pretende-se compreender a discussão acerca da natureza jurídico-política, com ênfase a afirmação do relator Ministro Facchin de que a determinação do rito para o afastamento de um Presidente que fora eleito através da democracia de um país depende da *análise da natureza jurídica do instituto do impeachment (grifos nosso)*, com intuito de se extraídos princípios que norteiam a interpretação constitucional do instituto¹⁵; ou seja, debater em que consiste a referida natureza jurídica do instituto sob a perspectiva do discurso de aplicação.

Entenda-se por natureza jurídica, aqui, a modalização da decisão. Se a decisão estiver modalizada pelo enlace com o sistema jurídico, então se trata de uma decisão jurídica. Se, contudo, o critério for o estabelecimento de decisões vinculantes para a toda a sociedade, inovando-se no campo dos marcos jurídicos, então se trata de um processo político.

Em se entendendo a dogmático como um campo do saber especializado nas condições de decibilidade para ação, estabelecer-se-á uma reconstrução (esta mesma uma decisão) dos discursos de aplicação relacionados ao impeachment, notadamente a ADPF nº 378 e o MS 21.564.

Klaus Stern resume dizendo que: “Todo ato de interpretação é um trânsito do abstrato para o concreto. Nesse sentido a interpretação é sempre concreção de normas através dos métodos de interpretação”, da mesma forma que a interpretação pode ser tida como: “[...] é um “discurso” ou “processo” complexo que incide sobre um enunciado lingüístico¹⁶. Tem como objeto uma disposição, sendo seu resultado uma norma.” Ou seja, a norma como ato de produção do intérprete sobre o texto carrega várias possibilidades interpretativas e toda decisão não deixa de ser uma opção por parte do intérprete, entre tantas outras possíveis que, segundo Hesse, nada mais é do que “o de achar o resultado constitucionalmente ‘correto’ por meio de um procedimento racional e

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

¹⁶ STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha**. Madrid: Madrid, 1987. p. 278.

controlável; o fundamentar esse resultado de modo igualmente racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas, e não, ao acaso, o da simples decisão pela decisão¹⁷.” Ainda, diga-se que a observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação. Para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do entendimento mútuo e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos.

Para Habermas, como exposto anteriormente, a racionalidade é expressada em atos comunicativos capazes de gerar consenso em razões. Estas razões podem ser aceitas implicitamente ou necessitem de uma defesa estruturada e explícita – defesa esta que Habermas liga aos discursos. Os discursos, entretanto, para satisfazerem exigências de racionalidade, na visão de Habermas devem ser proferidos em contextos impregnados de uma certa normatividade voltada à produção de uma resposta correta, que Habermas chama de princípio do discurso, e que tem por conteúdo a proteção do procedimento argumentativo de produção de respostas, estabelecendo aberturas às contribuições e liberdade aos participantes. O princípio do discurso rege a produção de verdades com relação a fatos e de normas corretas morais e jurídicas¹⁸: “O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o médium do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de presuposição recíproca”¹⁹. Na explicação de Habermas:

Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao Direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da inter-relação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como a gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode

¹⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983

¹⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma Crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 28-29.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 156.

aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-origi-nário²⁰ (grifos do autor).

O princípio democrático²¹ atende às necessidades de fixar procedimentos para a produção da validade das normas jurídicas, garantindo-se que na produção do direito todos estarão submetidos em condições que possam se expressar na formação da opinião pública e vontade política. Feito isso, o processo de validação das normas fica atrelado a uma racionalidade comunicativa institucionalizada, sem a necessidade de recorrer a argumentos fora da história para justificar a formação do direito, motivo pelo qual, pensar em analisar os discursos de fundamentação e aplicação pressupõe que estas condições do princípio democrático estejam postas. Dito de outro modo: não poderia se pensar em uma distinção entre discursos de aplicação e fundamentação se não em um paradigma procedimental do direito, sendo que uma das grandes contribuições dessa concepção é justamente poder tornar criticável as decisões, haja vista que poderá ser resgatada a partir da sua fundamentação.

Sob tal perspectiva discursiva é que se pretende a análise da ADPF 378, e do Mandado de segurança 21.564, especialmente no que se refere a temática da possibilidade da intervenção judicial apenas no que toca aos aspectos formais, inexistindo, portanto, justa análise da causa do impeachment; sobre a inexistência de suspeição aos membros; e, o fato de que os mesmos responsáveis pelo julgamento poderão produzir provas no processo.

Na ADPF 378, tratou-se da definição da legitimidade constitucional no rito de impeachment da Lei 1.079/50 e sua compatibilidade com o ordem Constitucional, especialmente no que se refere o ponto do *decisium* em que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da natureza do instituto, definida como um “processo de índole dúplice”, ou seja, de natureza jurídico-política. Retomou-se no debate a discussão acerca da competência do Supremo no processo de julgamento de impeachment, haja vista que alguns dos regramentos para o processamento estariam previstos no regimento interno das casas, onde em “tese” não permitiriam a interferência judicial nas questões *interna corporis*. Reforçou-se que nessas questões a discricionariedade das casas legislativas está limitada ao cumprimento dos preceitos constitucionais do devido processo legal. Vale lembrar as afirmações extraídas do julgado do Mandado de segurança do

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158.

²¹ O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surtem na forma de direito e que podem ser justificadas com auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais - e não apenas com o auxílio de argumentos morais. Ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 143.

então Presidente Collor ao se questionar o número de sessões para sua defesa, a forma de escrutínio, entre outros:

A primeira questão, que diz com o direito de defesa, é de competência incontestável do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, já que se trata de garantia fundamental do indivíduo, consagrada na Constituição, de que a Corte foi erigida suprema guardiã (art. 102 da CF/88). Nenhuma outra questão se eleva, como essa, na pertinência que tem com a função jurisdicional. Negar essa realidade é negar todo direito e, conseqüentemente, a razão de ser dos próprios tribunais. (...) Se o controle judicial é inafastável, em hipótese tais, mais indeclinável anda exsurge, nas demais, em que o modelo de votação é regulado pela Constituição, pela Lei, ou pelo Regimento, porque quando tal acontece, o procedimento estabelecido é de ser observado, sem margem à discricionariedade. Resulta, portanto, de exposto, que se está diante de duas questões que não podem ser excluídas da apreciação do Supremo Tribunal Federal²².

Entendeu o Supremo Tribunal que nos aspectos políticos, deveria o mesmo exercer uma autocotensão na medida em que tais aspectos deveriam estar imunes a intervenção judicial. De certa forma, não deixa de remontar a jurisprudência do *political question*, espaço que em que o Poder Judiciário não adentraria nas matérias de cunho político de competência do parlamento.

Nada de novo até o presente momento em se tratando de jurisprudência do Supremo²³ que compreendia que no mérito do processo de impeachment não caberia intervenção judicial senão para garantir a estrita legalidade do procedimento do impeachment, a fim de que tudo se desenvolva dentro do devido processo legal²⁴, reforçado

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Impeachment. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: Admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: Instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei nº 1.079/50. Revogação de crimes de responsabilidade pela EC 4/61. Repristinação expressa pela EC nº 6/63. CF, art. 5º, LV; art. 51, I; art. 52, I; art. 86, caput, § 1º, II, § 2º; Emenda Constitucional nº 4, de 1961; Emenda Constitucional nº 6, de 1963. Lei nº 1.079/50, art. 14, art. 23. **Mandado de Segurança 21.564**. Relator: Ministro Carlos Velloso Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21564.pdf>>.

²³ Vide precedentes STF (MS 21.689, in DJU 07.04.1995, p. 8.871 e RTJ 167/792) CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5., XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

pela doutrina²⁵ que dividia entre aspectos materiais (de natureza política) e aspectos formais (de natureza jurídica):

Em primeiro lugar..., impõe-se o exame do fundamento do impeachment. A consulta à Constituição de 1988, art. 85, revela ser ele uma conduta contrária à Constituição. A lei, todavia (n. 1079, de 10-4-1950), define as figuras que dão ensejo ao impeachment. Sem dúvida, a maior parte dessas figuras retrata comportamentos politicamente inde-sejáveis e não condutas anti-sociais. Essa figuras, pois, não são crimes, no sentido que a ciência penal dá a esse termo. Todavia, a ocorrência de fatos que se enquadram exatamente na descrição da figura da Lei n. 1079 [isto é: a tipicidade], é indispensável para que possa desencadear-se o impeachment. Assim, o fundamento deste em sua substância é político, mas em sua forma é um crime (em sentido formal).²⁶

Cretella Junior ao se manifestar acerca do instituto compreende que tem o impeachment, atualmente, características predominantemente políticas, pois “objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e é também, julgado segundo critérios políticos, embora adstrito a procedimento jurídico, no qual o acusado tem a mais ampla defesa, com base no contraditório”²⁷.

Ocorre que tal definição na prática não possui contornos assim tão rígidos, e no julgado da ADPF 378, retomou-se antigo debate iniciado pelo então ex Ministro Paulo Brossard²⁸ sobre a competência do Supremo Tribunal no que toca a análise da configuração do crime de responsabilidade propriamente dito, que nas palavras do relator Ministro Fachin (...) *é preciso que o Supremo Tribunal Federal zele para que, as regras de delimitação do exercício de controle do Poder Executivo não acabem por impedi-lo de realizar sua missão constitucional*²⁹. Ou seja, poder-se-ia a partir de tal fala compreender que se a competência do Supremo Tribunal é a Guarda da Constituição e, se é de

²⁵ Para Lenz: “em conclusão, o Poder Judiciário, em se tratando de *impeachment*, poderá, quando provocado, apreciar qualquer lesão a direito individual (art. 5º, XXXV), com fundamento na inobservância do texto constitucional, ou de violação de procedimento estabelecido na lei especial que disciplina o processo por crimes de responsabilidade, sem, contudo, deliberar sobre a ponderação dos fatos, a valoração das provas, ou seja, sobre o mérito do processo de impeachment, que são questões *interna corporis* do Poder Legislativo”. LENZ, Carlos Eduardo Thompson. A intervenção do judiciário no processo de impeachment. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 695, p. 262–264, set. 1993. p. 264.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.143.

²⁷ CRETELLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 106.

²⁸ “A posição do e. Ministro, sintetiza o argumento central já expendido em sua tese sobre o *impeachment*: “o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos” (BROSSARD, Paulo. *O Impeachment*. ” Extraído da ADPF 378, p.44

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

competência do Poder Executivo não infringir os regramentos que impõem às atribuições do Presidente da República em um regime Republicano, a configuração do que é ou não “crime de responsabilidade” ultrapassa uma mera configuração ou decisão de ordem eminentemente política, ou seja, necessário seria a adequação da norma ao fato, o que pede, inclusive, a consideração da justa causa do processo enquanto variável argumentativa. Contudo, ao que parece não foi essa a conclusão do relator:

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui delineada sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de impeachment é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder³⁰.

Para compreender os “saltos” discursivos contidos no posicionamento do Supremo Tribunal Federal é necessário compreender o que significa um discurso de aplicação, afinal dizer que o STF tem competência apenas de intervir quando se tratar de configuração formal (ou seja, seguir as regras impostas pelo direito, no caso, devido processo legal), não cabendo-lhe a avaliação de cunho material, é dizer que os crimes de responsabilidade não possuem uma configuração previamente definida pelo ordem jurídica? Dito de outra forma: se a decisão política emanada pelo Senado Federal concluir, (obviamente em seu mérito) que é crime de responsabilidade uma conduta que propriamente não estaria nos enquadramentos da Lei 1.079/50 (ou que ao menos paire dúvidas quanto à sua configuração ou não como crime), não caberia discussão acerca do tema no Supremo Tribunal Federal, por não se tratar de procedimentos formais no tocante ao devido processo legal? Se os crimes de responsabilidade são infrações de ordem funcional e, portanto, referentes a poderes-deveres do administrador público, uma possível configuração de crime de responsabilidade não seria um argumento de natureza jurídica que, de certa forma vincularia a decisão de ordem política? Nesse sentido, o que levaria a impossibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal?

Nos discursos de aplicação, como uma das espécies de discursos jurídicos, é preciso examinar se pode encontrar sua aplicação em uma situação concreta, que ainda não foi prevista no processo de fundamentação. Outrossim, se uma norma é válida *prima facie* (o que significa dizer que ela foi fundamentada de modo imparcial) para que a decisão seja válida em um caso concreto é necessária a aplicação imparcial, pois

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

é a adequação que garante a atenção a singularidade da norma, fazendo o papel de examinar quais situações ou descrição do estado de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso singular controverso e qual das normas válidas aplicável *prima facie* adequada à situação, onde se busca aprender e descrever todas as possíveis características significantes. Logo, no entendimento de Habermas acerca do pensamento de Günther, o processo hermenêutico de aplicação de normas pode ser descrito como um cruzamento entre a descrição da situação (o que ocorre na aplicação) e a concretização da norma geral (formulada nos discursos de fundamentação). Dito de outra forma: “a equivalência de significados decide entre a descrição do estado das coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado das coisas que fixa os componentes descritivos, portanto, as condições de aplicação da norma”³¹. Assim, a interpretação que conduz o discurso de aplicação que busca levantar e descrever a situação de fato para o juízo de adequação da norma não pode desconsiderar as condições de aplicação dessa norma, que foi considerada dentro de um paradigma de fundo na formulação dos discursos, de fundamentação que atribuíram validade aquela norma geral.

*Por intermédio da confrontação com novas experiências em situações de aplicação, aprendemos a reconhecer normas até então consideradas adequadas na inadequação relativa, e a mudá-las em vista de sinais característicos recém-descobertos ou interpretados de modo diferente. Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma “lacuna” permanecerá, mesmo quanto reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. Porém, a dramaticidade dessa indefinição estrutural, a qual acabamos de apontar acima, reduz-se se diminuirmos a sua extensão e incorporarmos a possibilidade de tal lacuna nas nossas reflexões práticas, mediante uma combinação de fundamentações racionais e de aplicações feitas com sensibilidade*³².

O que caracteriza então os discursos de aplicação é a tentativa de, aqui sim, considerar todas às características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam remeter a elas. Como o que se busca é a imparcialidade da aplicação, coerentemente busca-se realizar a adequação entre todas as características do fato e todas as normas envolvidas no caso. Por derradeiro é que se diz que o que determina se uma norma é ou não adequada ao caso é a aplicação e, para que se determine se algo é ou

³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 271.

³² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 73.

não adequado é necessário a concreção³³. Dessa forma, não estaria incorreto afirmar que para ética do discurso as razões não contêm apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação enquanto razões de concreção da norma.

A perspicácia nos discursos de aplicação deve estar relacionada a selecionar os fatos, pois os fatos selecionados que servirão da base para concretização da norma na situação exigida. Ao dizer que a argumentação para o processo de impedimento deve ser de natureza jurídica, remontamos a figura do crime de responsabilidade como um discurso de aplicação em que o poder judiciário é especialização para fazer a adequação da norma ao caso concreto, ou seja, impossível não pensar na competência do STF sobre a apreciação de mérito, por mais que em tese esta estaria reservada ao julgamento político. Note-se que pelo princípio da Universalização se o juízo de adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma, a utilização mais forte de “U” fica restringida a uma única situação, a exigência de que na análise dos fatos se observe todas as características, ou dito de outro modo, é a exigência de que em uma única situação se examine todas as características a ela relacionadas. Logo, a versão mais forte de “U” aparece na apreciação dos fatos para o juízo de adequação em relação a qual norma aplicar entre as tantas válidas e possíveis no sistema. Daí a competência e a necessidade do Poder Judiciário na definição do que configura ou não crimes de responsabilidade, que o fará através de uma argumentação jurídica e não política.

Daí se esconde uma complexidade frequentemente ocultada pela doutrina e jurisprudência brasileira ao tratar da natureza jurídico-política do processo de impeachment.

O Supremo Tribunal Federal, em ambos os julgamentos ressaltou a natureza jurídico – política do processo de impeachment. Pois bem, ao tratar dessa natureza, o Supremo faz uma seleção dos argumentos que caracterizam tanto a sua natureza jurídica, quanto política. Por exemplo: ao defender a natureza política, ressaltam que o juízo de discricionariedade da admissão ou mesmo de mérito do processo tem sua natureza política em face do critério de competência do órgão, no caso Câmara dos Deputados e Senado, respectivamente; no que toca a natureza jurídica, destacam que nenhum processo está imune as regras constitucionais do devido processo legal, devendo-se a todo custo proteger a ampla defesa e contraditório do denunciado, remetendo-se a competência do Supremo como Guardião da Constituição e, portanto, das garantias constitucionais, motivo pelo qual, entendem inquestionável a competência do Supremo nessas questões de ordem formal.

³³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 73.

De certa forma, o não enfrentamento da natureza do crime de responsabilidade permite a ocultação de uma série de questões relevantes, a exemplo da própria apreciação da justa causa no processo penal, ou seja, não terá o Supremo a competência para apreciar se a denúncia atende às exigências de existência de provas ou indícios que ao menos sugiram a materialidade e autoria do delito. Aliás, como realizar tal apreciação sem que se enfrente o mérito da existência ou não do crime de responsabilidade? Mais, ao recepcionar a Lei 1079/50 quando fora apreciado o já referido Mandado de Segurança no caso Collor, definiu-se que o conteúdo constitucional do art. 85 exige que haja especificidade na tipificação do ato, em conformidade com a descrição dos crimes previstos na Lei especial. Como dizer então que ali incide a natureza eminentemente política dada a natureza da competência do órgão? Ao negarem elevar a discussão para o patamar jurídico, ou seja, para a natureza jurídica da adequação do crime de responsabilidade, acaba ferindo o princípio democrático e da universalização, pressupostos existenciais para uma prática em conformidade com a teoria do discurso, na medida em que não levantam todas as hipóteses possíveis de incidência da norma e, portanto, de aplicação. Ou seja: a competência do Supremo Tribunal Federal e da própria legitimidade da jurisdição é reduzida praticamente a proteger a força política da decisão, ainda que para isso não permita uma adequada aplicação.

Não bastasse tal seleção de argumentos, ao dizer que o processo formal deve respeitar a natureza jurídica para ampla defesa e processamento justo do acusado, na discussão sobre a suspeição, o STF limitou-se apenas a afirmar que tal regra não se aplica em face da natureza do órgão. Ora, então não são todas as regras de processamento que se submetem a característica da natureza jurídica, mas apenas aquelas selecionadas em face de suas próprias características? Vale o mesmo raciocínio quando se pensa no possível conflito em relação a imparcialidade, haja vista que a produção de prova e o julgamento da prova é feita pelo mesmo órgão. Novamente, a competência é o critério de universalidade para compreensão da natureza do processo de impeachment, porque a competência do Supremo estaria excluída na apreciação da justa causa, vez que ele é o guardião da Constituição e o última *ratio* em matéria de proteção das garantias individuais? Lembrando que a própria Lei especial prevê subsidiariamente a aplicação das regras do Código de Processo Penal. Ao que parece não houve a versão mais forte de “U” na apreciação dos fatos para o juízo de adequação em relação a qual norma aplicar entre as tantas válidas e possíveis no sistema. Veja-se a superficialidade do argumento no enfrentamento de tal questão na ADPF 378:

Embora o art. 38 da Lei nº 1.079/1950 preveja a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, o art. 36 dessa Lei já cuida da matéria, conferindo tratamento especial, ainda que de maneira distinta do CPP. Portanto, não há lacuna legal acerca das hipóteses de

impedimento e suspeição dos julgadores, que pudesse justificar a incidência subsidiária do Código. A diferença de disciplina se justifica, de todo modo, pela distinção entre magistrados, dos quais se deve exigir plena imparcialidade, e parlamentares, que podem exercer suas funções, inclusive de fiscalização e julgamento, com base em suas convicções político-partidárias, devendo buscar realizar a vontade dos representados³⁴.

Sendo assim, o critério para definir a conduta do julgador nesse caso, é baseado na sua competência, qual seja, política e, não, na relação de imparcialidade a se esperar de um julgamento que resguarde as garantias do acusado nos termos constitucionais.

O fato é que a seleção do que cumpre a natureza jurídica e o que deve cumprir a natureza política no processo de impeachment na argumentação dos Ministros do Supremo não levantou todas as hipóteses possíveis de aplicação da norma, incidindo então nos já referidos “saltos” argumentativos quando do discurso de aplicação.

5. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL E (DES)CONTROLE JUDICIAL: PROPOSTAS DE UMA LEITURA CRÍTICA

A despeito de um certo esgotamento do debate entre substancialistas e procedimentalistas, é possível ainda extrair algumas considerações interessantes no que toca ao impeachment no Brasil.

Enquanto que os substancialistas, em uma perspectiva aqui normativa e exagerada para facilitar o entendimento, acreditam que a Constituição é uma ordem material de valores, e que cabe à jurisdição constitucional a proteção destes valores, inclusive com a moralização *direta* dos discursos de aplicação, os procedimentalistas, em uma perspectiva também normativa e algo exagerada, focam o papel da jurisdição na proteção do processo democrático³⁵.

Poder-se-ia classificar Habermas como um procedimentalista moderado. Isso por que o papel da jurisdição constitucional, para Habermas, não é o de simples garante formal do procedimento democrático.

De fato, para Habermas, a racionalidade das decisões judiciais abrange três aspectos: os discursos de aplicação, já trabalhados; o procedimento inclusivo e aberto de abertura aos argumentos e a vinculação ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Logo estes aspectos retornarão à discussão.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

³⁵ COHEN. Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

O ponto nodal do procedimentalismo moderado não se encontra no funcionamento da jurisdição constitucional para Habermas – e aí reside muitas das incompreensões com este autor – mas sim nos objetivos da jurisdição. De fato, o objetivo não é impor uma ordem concreta de valores ético-comunitários, mas sim preservar a Democracia – e para tanto é evidente que tudo o que orbita o processo democrático, incluindo os direitos fundamentais, recebem especial destaque. Isto não significa que o que já fora decidido e posto na Constituição, via discursos de fundamentação, não deve ser aplicado pela jurisdição constitucional, uma vez que o *conteúdo*, e não objetivos, da jurisdição não estão dados, mas sim abertos, na concepção habermasiana³⁶.

Postas estas premissas, a ADPF 378, ao estatuir que o processo de impeachment terá um controle jurisprudencial apenas no que toca ao aspecto procedimental, vinculou-se a qual concepção de jurisdição constitucional?

Quando Habermas trabalha a racionalidade da jurisdição, além dos discursos de aplicação e justificação Habermas também estabelece como parâmetros de controle das decisões o próprio processo de decisão e a vinculação a um determinado paradigma³⁷.

Na visão de Habermas, o processo judicial, especialmente o de jurisdição constitucional, seria racional se estivesse regido por um princípio de procedimento aberto. As partes, jogando estrategicamente, trazem contribuições ao processo na forma de argumentos e apreciações acerca de fatos. Além disto, a depender da envergadura, ele tem a possibilidade de intervenção ainda de terceiros, na forma de interventores ou *amici curiae*, finalmente, ainda, há a pressão e contribuição tanto da esfera pública *científica* como da esfera pública *política*. Os julgadores serão mais ou menos permeáveis aos argumentos deste processo, devendo levar em conta as contribuições das partes e, com isto, Habermas crê, que a decisão final será em nível comunicativo, ou seja, capaz de se enlaçar via consenso com o ouvinte através de argumentos defensáveis via discursos de aplicação.

Outra via da racionalidade das decisões seria justamente a vinculação a paradigmas. Habermas escreve isto como forma de interlocução com a hermenêutica. De fato, é sabido o conceito de paradigma epocal como algo que conduziria à verdade de um fenômeno tal como uma interpretação, dentro da hermenêutica. Habermas assimila o paradigma epocal a paradigma jurídico dominante. Neste caso, ele mesmo aponta que seria o Estado Democrático de Direito ou, como Habermas mesmo diz, a pressuposição recíproca de Direito e Democracia. Direito só existe enquanto elaborado democraticamente, mas a Democracia pressupõe direitos e procedimentos jurídicos. Isto é assim, na visão de Habermas, por que nenhuma democracia é possível sem que a linguagem

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

jurídica (isto é, algo posto por decisão, modalizado deonticamente e com apoio da coerção), sem procedimentos preestabelecidos e sem direitos que garantam este mesmo procedimento. Por outro lado, como Habermas não acredita em um Direito imanente, a única forma de existir Direito é enquanto fruto da autonomia, e esta só é possível, precisamente, se existir Democracia. Assim, repetindo-se, uma pressuposição de sua Democracia é precisamente a existência de uma disponibilidade da linguagem jurídica e, precisamente, da sua *supremacia*. Em Habermas, apesar da pressuposição recíproca entre Direito e Democracia, *está presente a supremacia do Direito*.

Quando o STF se limitou aos aspectos formais do impeachment, sem dúvidas não só o STF deixou de observar a tipicidade, e, com isso, abriu a possibilidade de que a saída de um prefeito esteja desconectada do Direito – e com isto violada a sua supremacia, mas também se vinculou a uma concepção substancialista de Democracia. De fato, o STF colocou um pretense valor ético comunitário de supremacia da avaliação *ocasional* de um momento político por sobre o procedimento democrático como um todo. De fato, ao liberar total e completamente o impeachment de prefeitos de amarras, deixando-o ao sabor de maiorias eventuais, o que existiu foi uma sobrevalorização do valor ético de uma expressão de momento político - e isto ocorreu em detrimento do processo democrático. O processo político precisa ser observado no todo, com a existência de garantias às partes que o façam estável e que permitam que os melhores argumentos sejam levantados. Assim, em conclusão, pode-se dizer que o STF afastou-se do procedimentalismo habermasiano de duas formas: a) quando o Direito é renunciado em favor de maiorias eventuais, quebram-se as garantias do princípio do discurso no sentido de que uma das partes se torna *subordinada* à outra. Neste caso, o prefeito acaba sendo subordinado à Câmara de Vereadores e, com isto, não há abertura ao processo e simetria no processo de produção do Direito. De outra banda, a posição do STF violou b) o paradigma procedimentalista-deliberativo ao permitir que decisões sejam tomadas exclusivamente em critérios políticos. Com isto, a linguagem jurídica foi afastada da fundamentação e restou violado o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. A renúncia em se discutir em nível jurídico atinge profundamente o paradigma deliberativo e procedimental, pois o Direito deixa de ser produtor e regulador do processo e passa a ser um mero legitimador formal da decisão. Pode-se dizer, portanto que, a despeito de em uma primeira leitura ter existido uma proteção ao procedimento democrático, o que existiu foi uma sobrevalorização da opinião momentânea e do poder de determinados atores políticos, em detrimento do procedimento político a longo prazo e da supremacia do Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho visava fazer uma apreciação crítica da jurisprudência do STF acerca do impeachment de Presidente em suas repercussões ao impeachment de Prefeito Municipal. Para fazer uma apreciação crítica, recorreu-se ao conceito de Democracia Deliberativa, concepção procedimentalista de jurisdição constitucional e análise discursiva das decisões.

Verificou-se que uma concepção deliberativa de Democracia é adequada para fazer uma leitura compreensiva da multiplicidade de responsabilizações possíveis do Prefeito. Não se trata apenas de uma seleção de elites, mas sim do estímulo à preservação do processo democrático para que não só argumentos de autointeresse das partes sejam levados em conta mas também a eticidade da comunidade e os valores morais universais. Além disto, uma concepção deliberativa homenageia a ideia que subjaz ao ordenamento da responsabilização de prefeitos que é a possibilidade de o cidadão, por iniciativa própria, deflagrar os processos de responsabilização.

Especificamente no que toca aos crimes de responsabilidade que podem ser julgados pela Câmara de Vereadores, é possível notar, de pronto, uma certa vagueza linguística. Os discursos de fundamentação das normas dos crimes de responsabilidade contêm, contudo, um valor universalista de bom governo e preservação do processo democrático. A eticidade da comunidade não está presente tanto nas condutas proibidas mas sim na tentativa de rompimento com o passado. É possível também discursivamente tentar fazer uma abordagem compreensiva do regime jurídico do crime de responsabilidade. Uma vez que se trata da punição de uma conduta indevida, mesmo que a cominação do crime de responsabilidade não seja a prisão, a gravidade das sanções, além da literalidade da Constituição, impõe a extensão de princípios civilizatórios de Direito Criminal aos crimes de responsabilidade, como o princípio da responsabilidade objetiva.

Ato contínuo, analisou-se como seria um possível discurso de aplicação de uma Câmara de Vereadores ao impor a sanção de impeachment. Tal análise partiu da jurisprudência do STF. Esta esclareceu que o conteúdo da decisão de impeachment é uma decisão ao mesmo tempo política e jurídica. O STF, contudo, adotou a tese que ao Judiciário cabe uma postura de *self-restraint*, ou seja, o Poder Judiciário vai apenas preservar a lisura do processo, mas não o conteúdo da decisão final.

Finalmente, como conclusão crítica, verifica-se um ativismo do STF às avessas. Trabalhou-se a diferença entre procedimentalismo e garantismo do procedimento democrático em contraste com um ativismo com relação a valores da comunidade. De fato, sob pretexto de o STF agir de modo a proteger o processo democrático de impeachment, ele gerou uma jurisprudência que ao mesmo tempo afasta a garantia fundamental da legalidade, mas também colocou em risco o processo democrático como um

todo. Ao colocar agentes políticos do Executivo em uma posição extremamente frágil e desequilibrada, o STF acabou por colocar em risco todo o processo democrático, fragilizando os direitos fundamentais do chefe do Executivo, e do cidadão a um processo democrático justo e aberto a ao bom governo.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Impeachment. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: Admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: Instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei nº 1.079/50. Revogação de crimes de responsabilidade pela EC 4/61. Repristinção expressa pela EC nº 6/63. CF, art. 5º, LV; art. 51, I; art. 52, I; art. 86, caput, § 1º, II, § 2º; Emenda Constitucional nº 4, de 1961; Emenda Constitucional nº 6, de 1963. Lei nº 1.079/50, art. 14, art. 23. **Mandado de Segurança 21.564**. Relator: Ministro Carlos Velloso Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21564.pdf> >.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na lei nº 1.079/1950. Cabimento da ação e concessão de medidas cautelares. **ADPF 378**. Relator: Luis Edson Fachin. 20 de maio de 2016.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denílson Luis e MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma Crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CRETELLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.143.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre faticidade e validade. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda.** Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação:** ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983

LENZ, Carlos Eduardo Thompson. A intervenção do judiciário no processo de impeachment. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 695, p. 262–264, set. 1993.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44517>.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado da República Federal da Alemanha.** Madrid: Madrid, 1987.