

DECISÕES SOBRE PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR DECORRENTE DE CONDENAÇÃO CRIMINAL: PARA ONDE VAI O STF?

JUDGMENTS ABOUT LOSS OF PARLIAMENTARY WARRANTY FOR CRIMINAL CONVICTION: WHERE IS SUPREME COURT GOING TO?

Lícia Mayra Coelho Ferreira

Graduanda em Direito na Universidade Federal do Piauí.

Editor Científico:
Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva

DOI: 10.5585/rtj.v6i1.281

Submissão: 07/01/16.

Aprovação: 20/03/17.

RESUMO

Quais critérios guiaram o Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre perda de mandato parlamentar por condenação criminal transitada em julgado? É essa a pergunta que este trabalho procura esclarecer, partindo da teoria do direito como integridade, de autoria de Ronald Dworkin, apontando as incoerências nos julgados e as possíveis soluções para que se leve o direito a sério.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Perda de Mandato Parlamentar. Direito como integridade.

ABSTRACT

What standards guided the Supreme Court in the final judgments about loss of parliamentary warrant for criminal conviction? This is the question that this article intends to answer, through Ronald's Dworkin integrity in law theory, showing the incoherences in the decisions and the possible solutions for this problem.

KEYWORDS: Constitutional law. Loss of parliamentary warrant. Integrity in law.

INTRODUÇÃO

A perda de mandato de parlamentar condenado por sentença transitada em julgado é tema que tem batido às portas do Supremo Tribunal Federal com relativa frequência nos

últimos anos, bem como ganhado os holofotes da mídia e despertado a curiosidade dos brasileiros em geral, especialmente após o julgamento do mensalão. Decidindo, na maior parte das vezes, por apertadas maiorias, o STF já proferiu sentenças para todos os gostos, chocando-se, não raro, com o Legislativo, que o acusa de usurpar as suas funções.

Em virtude da polêmica em torno do assunto, o presente artigo tem por finalidade analisar as últimas decisões do Supremo à luz da teoria da integridade do direito, esposada por Ronald Dworkin. Questiona-se a capacidade de o Tribunal harmonizar o direito e busca-se apontar soluções a serem seguidas diante das divergências.

Para atingir tal objetivo, far-se-á uma análise dos seguintes julgados: Recurso Especial 179502, Ação Penal 470, Ação Penal 565, Ação Penal 396 e Mandado de Segurança 32326, nos quais o STF enfrentou o tema já na vigência da nova Constituição. Eles foram selecionados por tratarem de casos semelhantes, nos quais há um parlamentar condenado criminalmente no exercício da legislatura e a Corte tem que decidir a quem cabe a palavra final sobre a perda do mandato.

Após isso, analisar-se-á a integridade de tais julgados, perquirindo-se qual teoria constitucional prevaleceu em cada uma das decisões e questionando-se, especificamente, se as decisões divergentes foram justificadas por alguma teoria do erro. A partir daí far-se-á as conclusões acerca dos próximos passos a serem dados pela Suprema Corte brasileira, se esta pretende levar o direito a sério.

QUESTÕES PRELIMINARES

Antes de debruçar-se sobre a jurisprudência faz-se necessário uma explicação breve e geral sobre as ideias de Dworkin acerca da interpretação do direito. Para isso, utiliza-se os conhecimentos acerca da teoria do direito como integridade, dissertada pelo autor na obra “O império do direito”, bem como sua teorização acerca da força do precedente e da possibilidade de erros por parte do judiciário – que é uma extensão da teoria da integridade – explicitada em “Levando os Direitos a Sério”.

A teoria da integridade nada mais é que um apelo à coerência do direito, exigência fundamental para a manutenção da segurança jurídica. É importante que o sistema jurídico seja coerente para que os cidadãos saibam quais direitos têm e quais vedações lhes são impostas, e, até mesmo, para saber em que tipo de comunidade vivem, pois o direito está interligado com os princípios morais que sustentam a sociedade.

A integridade não se volta unicamente aos juristas: o seu primeiro alvo, na verdade, são os próprios legisladores. Mas como a atividade democrática é permeada pelos conflitos ideológicos, bem como pelo clamor popular para que se decida desta ou daquela forma, os legisladores não estão sujeitos às decisões anteriores da mesma forma como os juristas estão. Enquanto o parlamento é dotado de liberdade para criar, encontrando poucas limitações, o judiciário, em que pese também exercer uma função criadora, está mais fortemente vinculado ao que foi decidido anteriormente, em virtude de seu caráter não democrático, de modo que é na atividade jurisdicional que o princípio da integridade se faz mais exigente.

Partindo desses pressupostos, Dworkin preocupou-se com as demandas judiciais nas quais o conceito de direito é posto em cheque, posto que não há, aparentemente, norma hábil a regulamentá-las. Ele chama tais situações de casos difíceis. Para resolver essas questões, é necessário um trabalho hercúleo do jurista, no qual ele precisará construir uma teoria constitucional que explique todas as decisões normativas passadas, tanto as tomadas pelo legislador quando as tomadas pelos juízes e, a partir daí, extrair os princípios básicos que regem o sistema jurídico como um todo e que vão apontar para a decisão correta a ser aplicada ao caso. Obviamente, será impossível, mesmo para um juiz utopicamente perfeito, encontrar uma teoria que explique tudo, pois à medida em que a sociedade evolui, mudam as decisões e muitas vezes estas se tornam conflitantes. É por isso que o juiz deve elaborar, também, uma teoria do erro, que teça argumentos suficientemente convincentes de que parte das decisões pode ser considerada um equívoco – um ponto fora da curva ou um princípio que não tem mais aceitação face à mutação social –, a fim de manter a coerência.

A partir desses pontos essenciais acerca da teoria da integridade, há duas observações que devem ser feitas. A primeira delas é que o fato de Dworkin ter escrito baseando-se em um juiz ideal, que tenha paciência e sabedoria infinitas para interpretar o direito, não torna a sua teoria menos válida, pois, como o próprio autor ressalta em suas obras, Hércules¹ é um ideal de perfeição a ser seguido pelos juízes reais.

A segunda observação diz respeito ao direito brasileiro. Como se verá, na análise das decisões, a divergência acerca da perda de mandato de parlamentar por condenação criminal transitada em julgado diz respeito, basicamente, a saber qual norma constitucional é aplicável: o art. 15, III, que estabelece a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, cominado com o art. 55, IV, § 3º, que acrescenta que tal suspensão deve ser declarada pela mesa da Casa a qual pertence o parlamentar,

¹ Hércules é como Dworkin chama esse juiz imaginário e perfeito, munido de paciência e sabedoria infinitas.

ou o art. 55, V, § 2º, que afirma dever ser a perda de mandato decorrente de condenação criminal decidida pela respectiva casa parlamentar²? Dentro desse conflito, surgem várias questões secundárias, a saber: o mandato parlamentar está incluído na sistemática dos direitos políticos? A perda do mandato é efeito automático da sentença criminal ou é uma decisão política do parlamento? O que fazer quando há a possibilidade de manutenção de mandato cujo cumprimento fático é impossível em razão da natureza da pena aplicada?, dentre outras, a serem esmiuçadas no decorrer deste trabalho.

Perceba-se que em nenhuma delas há o aparente vazio normativo que ensejou Dworkin a tecer a sua teoria, mas um conflito de normas aplicáveis. Mesmo assim, a ideia do direito como integridade é aplicável aqui, por ser este um princípio fundamental à ordem jurídica como um todo. Apesar de haver normas, a questão não é facilmente resolvida pela subsunção, na medida em que a própria Constituição criou uma incoerência. Por isso é preciso olhar além das regras e chegar aos princípios que norteiam o sistema jurídico brasileiro e, nessa empreitada, a teoria de Dworkin é perfeitamente aplicável e útil.

Análise dos julgados

Passar-se-á à análise das decisões do STF, por ordem cronológica. Há três pontos básicos a serem destacados em cada uma delas: a natureza e quantidade da pena aplicada ao parlamentar, as teses centrais extraídas dos votos dos ministros e quais foram os votos vencidos.

1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 179502

No Recurso Extraordinário 179502, julgado em 31 de maio de 1995, o STF enfrentou o caso de um vereador que havia sido condenado criminalmente a pena inferior a 4 anos e que, portanto, fora agraciado com a suspensão condicional da pena (*sursis*). Seu mandato foi

² “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

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

[...] IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

[...] VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

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

questionado porque o parlamentar registrou a candidatura ainda na época em que cumpria o *sursis*. Primeiramente foi levantada a tese de que a perda do mandato seria automática, em virtude do art. 15, III da Constituição Federal. Porém, prevaleceu o entendimento do min. Moreira Alves, que viu uma antinomia nas normas constitucionais, ao constatar que o art. 15, III e o art. 55, VI e § 2º tratavam do mesmo tema. O último dispositivo, considerou, refere-se especificamente aos parlamentares, tratando-se de norma específica que deve ser a eles aplicada, enquanto o art. 15, III é norma geral, aplicável a todos os cidadãos que não preencham a condição de parlamentares. Dessa forma, aquele que for condenado criminalmente, perderá automaticamente os direitos políticos, porém, se for membro do Legislativo, a perda dos direitos políticos deverá ser declarada pela Mesa da Casa respectiva, nos termos do art. 55, IV, § 3º, e a perda de mandato deverá ser decidida por seus pares, nos termos do art. 55, VI, § 2º.

Suscitou-se, ainda, a questão de se o art. 15, III valeria para todas as condenações ou se só para aquelas que impedissem o exercício dos direitos políticos. Alguns ministros arguíram que a concessão de *sursis* não impede o exercício dos direitos políticos, por isso a perda do mandato não pode ser imediata, decorrente da rígida aplicação do referido artigo. Tal questionamento foi afastado pela tese vencedora, que adotou o entendimento de que, se a Constituição não faz diferenciação entre os crimes a que sejam condenados os parlamentares, não cabe ao Judiciário fazê-lo.

Foram vencidos os ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Otávio Gallotti e Sepúlveda Pertence.

Em que pese os argumentos utilizados neste julgado, a questão da perda de mandato por condenação criminal não era o objeto principal da causa, que tratava, primordialmente, de recurso contra a diplomação do vereador e, por isso, não faz jurisprudência. Entretanto, é uma decisão essencial sobre o tema, posto que foi o primeiro caso relativo à perda de mandato de legislador que o STF tratou após a Constituição de 1988.

2 AÇÃO PENAL 470

Trata-se da conhecida ação penal que tratou sobre o mensalão, julgada em 17 de dezembro de 2012, na qual foi suscitada, novamente, a questão da perda de mandato por parlamentar condenado criminalmente, dessa vez como questão principal na causa, uma vez que se tratava de definir qual a extensão dos efeitos da condenação imputada pelo Tribunal. Os deputados condenados à época receberam as seguintes penas:

- Pedro Henry: reclusão, 7 anos e 2 meses;
- Valdemar Costa Neto: reclusão, 7 anos e 10 meses;
- João Paulo Cunha: 9 anos e 4 meses
- José Borba: reclusão, 2 anos e 6 meses, convertida em duas penas restritivas de direitos.

Na ação, firmou-se o posicionamento de que a perda de mandato é pena acessória da principal, devendo ser decretada pelo Judiciário como efeito da condenação quando presentes os requisitos para tanto, ou seja, quando atendidos os requisitos do art. 92³ do Código Penal. A perda do mandato decretada dessa forma pelo Judiciário não se submete ao julgamento político da Casa Legislativa, devendo ser apenas declarada por ela, nos termos do art. 55, § 3º.

O voto vencedor, proferido pelo min. Joaquim Barbosa, relator da ação, entende que só cabe votação da perda de mandato pela casa legislativa após a sentença condenatória quando esta não o houver estabelecido, seja por não estarem presentes os requisitos do art. 92, CP, ou por a diplomação ter ocorrido depois da sentença condenatória e antes do trânsito em julgado da mesma (nesse último caso, como não havia mandato à época da condenação, não caberia ao Judiciário decretar a sua perda, declarando apenas a suspensão dos direitos políticos nos termos do art. 15, III). Segundo esse argumento, quando a sentença criminal estabelece a perda de mandato, como efeito da condenação, nos moldes do art. 92, CP, esta se dará automaticamente, uma vez que o Judiciário é um poder autônomo e independente, e também porque o art. 15, III, CF estabelece a suspensão dos direitos políticos, o que engloba o mandato parlamentar.

Rebatendo esses argumentos, o ministro Lewandowski afirmou que Barbosa estaria interpretando a Constituição de acordo com o Código Penal, enquanto deveria fazer o contrário. Por esse raciocínio, uma vez que há norma clara na Constituição prevendo que a decisão sobre a perda do mandato de parlamentar cabe à respectiva Casa, de acordo com o art. 55, VI, § 2º, as normas de direito penal devem ser afastadas nesse particular. O ministro

³ “Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

[...]

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

chama atenção, ainda, para o fato de que o art. 15, III estabelece a suspensão dos direitos políticos no caso de condenação criminal, situação menos gravosa do que a extinção do mandato, o que justifica a adoção de uma postura diferente por parte do legislador constitucional. Por último, trouxe um excerto de ata da Constituinte na qual se debatia a inserção do art. 55, § 2º, verificando que a preocupação do legislador, à época, era a de evitar que o parlamentar perdesse o mandato por crimes de menor potencial ofensivo, que não afrontassem a ética da política e cuja execução da pena não impedisse o exercício do mandato (ex: lesão corporal culposa decorrente de acidente de trânsito). Nesse sentido, só a Casa legislativa teria competência para fazer o juízo de valor se a condenação é ou não incompatível com o exercício do mandato. Embora com argumentos diferentes, o voto do min. Moreira Alves no RE 179502 foi trazido pelo min. Dias Toffoli para reforçar a tese da autonomia do parlamento em decidir a perda do mandato de seus pares.

Em apertada maioria, prevaleceu o entendimento do relator, guiado pela ideia de que a decisão do Judiciário é autônoma, não podendo ser submetida à aprovação de outro poder para ser executada, além da preocupação com a possibilidade de os deputados submetidos à reclusão continuarem titulares de mandato, mesmo sem terem possibilidade fática de exercê-lo. Vencidos os ministros Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

3 AÇÃO PENAL 396

Trata-se de ação penal julgada em 26 de junho de 2013 que condenou o deputado federal Natan Donadon a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, na qual entendeu-se que a pena é imediatamente executável após o trânsito em julgado da sentença, assim como a cassação dos direitos políticos, o que inclui a perda do mandato, pois estão presentes os requisitos do art. 92, CP, pouco importando se a diplomação ocorreu depois da condenação, como foi o caso. Em seus votos, os ministros trouxeram o precedente da AP 470 para embasar as suas decisões.

Vencido o min. Marco Aurélio.

4 AÇÃO PENAL 565

Julgada em 08 de agosto de 2013, um dos réus (Ivo Narciso Cassol) era, à época, senador que estava em pleno exercício do mandato e foi condenado a 4 anos, 8 meses e 26 dias de detenção, em regime semiaberto. Nos votos dos ministros, muito se falou sobre a

incongruência constitucional em permitir que um parlamentar condenado criminalmente pudesse continuar exercendo o mandato, diante de a possibilidade da Casa congressual votar contra a perda do mandato. Nesse ponto, o Min. Joaquim Barbosa, bem como Gilmar Mendes entenderam que a decisão do Judiciário não teria força alguma. O min. Gilmar Mendes protestou em favor da uniformização da Constituição ao Código Penal, porque este dispõe, em seu art. 92, I, b, que a perda do mandato deve ser declarada na sentença quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos, de modo que a decisão do constituinte em inserir o art. 55, § 2º na CF seria a de deixar a cargo do Parlamento decidir a perda do mandato apenas nas condenações criminais de menor potencial ofensivo, cuja pena cominada fosse inferior a 4 anos.

Em que pese as teses contrárias, o voto vencedor foi o da aplicação do art. 55, § 2º ao caso, segundo os seguintes argumentos: 1) a perda do mandato de parlamentar é questão constitucional, a ser resolvida de acordo com o que a Constituição dispõe sobre o assunto, de modo que as disposições do Código Penal sobre o tema devem ser interpretadas segundo as normas constitucionais; 2) há uma regra clara e específica que submete ao Congresso a decisão acerca da perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente; 3) apesar de a Constituição ser incongruente, por haver o risco de um parlamentar continuar com mandato mesmo sendo condenado criminalmente a pena que impossibilite, faticamente, o seu exercício, esta foi a decisão do constituinte, não cabendo ao Judiciário alterá-la.

Vencidos o min. Marco Aurélio e impedido o min. Luiz Fux.

5 MANDADO DE SEGURANÇA 32326

Trata-se de mandado de segurança interposto por deputado que se sentiu prejudicado no seu direito de não participar de uma deliberação que violava a Constituição. De acordo com o impetrante, a Câmara queria votar a perda do mandato de deputado Natan Donadon. Porém, ele entende que, após a EC 35/2001, que excluiu a aprovação do Parlamento como condição para processo criminal contra parlamentar prosseguir no STF, houve uma mutação constitucional no sentido de que a perda do mandato deve ser automática à sentença que condena o parlamentar, cabendo à Mesa da casa respectiva apenas declará-lo, de acordo com o art. 55, § 3º. Desse modo, a votação da perda de mandato, após a referida EC, seria inconstitucional e o fato de a Câmara querer forçá-lo a participar de tal deliberação levou ao cabimento do MS. O min. Barroso, que decidiu monocraticamente a ação, em sede de liminar, entendeu, com base em jurisprudência do STF, que o MS era admissível nesse caso.

No mérito, o ministro destacou a impossibilidade fática de o condenado exercer o mandato, estando submetido a regime fechado, entendendo também que havia impossibilidade jurídica de manutenção do mesmo, com base no art. 55, III, § 3^o, uma vez que o regime prisional não o permitiria comparecer aos $\frac{2}{3}$ (dois terços) das sessões legislativas exigidos pela Constituição. O raciocínio desenvolvido para afastar a incidência do art. 55, VI, § 2^o e, conseqüentemente, a deliberação da Câmara sobre a perda do mandato legislativo foi o seguinte:

a) o art. 37⁵ da Lei de Execuções Penais estabelece que só será permitido o trabalho externo pelos presos em regime fechado depois de cumprido $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena. Enquanto não for possível ao condenado conseguir autorização para o trabalho externo, o parlamentar não poderá comparecer às sessões legislativas.

b) O art. 55, III, § 3^o da Constituição estabelece que, aquele que não comparecer, em cada sessão legislativa, a $\frac{1}{3}$ (um terço) das sessões ordinárias da Casa perderá o mandato, por declaração da Mesa respectiva, salvo licença de afastamento concedida em caso de doença ou para tratar de assuntos particulares, caso em que não poderá passar de 120 dias por sessão legislativa⁶. Dessa forma, mesmo que a Câmara concedesse licença ao deputado para ausentar-se, ainda assim ele deixaria de comparecer ao mínimo de sessões exigidas, em virtude da temporariedade do afastamento.

Dessa forma, o ministro conclui que sempre que o tempo restante de mandato for menor que o tempo que o condenado deve cumprir em regime fechado sem possibilidade de trabalho externo (mandato restante < PPL/ 6⁷), é juridicamente impossível a manutenção do mandato, uma vez que o parlamentar, inevitavelmente, se enquadrará na situação prevista no art. 55, III, § 3^o, devendo a perda do mandato ser apenas declarada pela Câmara.

⁴ Eis a redação do referido artigo:

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

[...] III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

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

⁵ “Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.”

⁶ “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...] III – licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, nesse caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa”.

⁷ A “fórmula” verifica se o tempo restante do mandato é menor que a pena privativa de liberdade (PPL) cominada dividida por 1/6, tempo necessário para que o condenado a regime fechado consiga o benefício do trabalho externo.

Percebe-se a drástica mudança na interpretação em relação às demais ações, uma vez que a perda do mandato estaria justificada não com base no art. 55, VI, § 2º ou no art. 15, III c/c art. 55, IV, § 3º, que polarizaram as decisões anteriores, mas com base no art. 55, III. Entretanto, mesmo após a referida decisão, a Câmara não deixou de votar a cassação do mandato de Donadon, deferindo-a.

A integridade dos julgados

Como se pode perceber, as decisões são bastante divergentes, não parecendo haver consenso no STF. Não se poderia esperar que fosse diferente, uma vez que o próprio texto constitucional é incongruente, ao estabelecer, como norma autoaplicável, a perda dos direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado, no art. 15, III, e depois separar as decisões acerca da perda de direitos políticos e de mandato eletivo pelos parlamentares. Tal antinomia, assim como outras presentes no texto constitucional, são decorrentes do modo como foram organizados os trabalhos na Assembleia Constituinte, além do momento histórico em que ela ocorreu⁸.

A incongruência da Constituição, entretanto, não pode servir de justificativa para decisões discrepantes e aleatórias do Judiciário. A esta cabe a tarefa precípua de harmonizar o direito, tornando-o um todo íntegro. Ao se deparar com normas aparentemente conflitantes, o jurista deve desfazer o conflito, tendo em mente que a sua decisão, além de resolver o caso em análise, vai interferir na decisão de casos semelhantes.

A condução das decisões do STF apresenta algumas falhas, do ponto de vista de manter a integridade do direito. Observe-se que, primeiramente, seria necessária a elaboração de uma teoria sobre o ordenamento jurídico e, através dela, proceder aos julgamentos. Num primeiro momento, deve o juiz buscar quais princípios justificam a decisão tomada pelo constituinte. Qual o fundamento para a inclusão do art. 55, VI, § 2º? Seria a proteção do parlamentar contra perda de mandato ensejada por condenação de crimes de menor potencial ofensivo? Seria a de deixar a cargo do Legislativo decidir sobre a perda quando esta não fosse decretada pela

⁸ A Constituinte brasileira foi convocada pela EC nº 26, de 1985, ainda sob a vigência da Constituição anterior, após a derrocada de um regime ditatorial marcado por torturas, arbitrariedades e violações aos direitos humanos. Por isso, era forte a ideia de elaborar uma Constituição que garantisse vários direitos considerados importantes, o que resultou numa Carta extensa e com conteúdo variado, incluindo várias normas de direito penal, como é o caso dos artigos discutidos neste trabalho. Além disso, contrariando uma tradição das Constituintes anteriores, não contou com um pré-projeto, o que atrapalhou a organização e divisão dos trabalhos, trazendo o risco da manutenção de alguns erros e incongruências.

sentença, nos termos da lei penal? Ou seria a de, simplesmente, dar ao Legislativo a última palavra sobre a perda do mandato de seus membros?

A resposta a esses questionamentos não pode ser dada a esmo, mas analisando-se o sistema jurídico brasileiro de forma ampla, extraindo os princípios gerais que o guiam. Partindo-se dessa análise, o juiz verá que o direito brasileiro preza pela democracia representativa, o que poderia justificar que se deixasse a última decisão sobre um membro político popularmente eleito por seus pares que, como ele, também foram eleitos e representam o povo. Além disso, há o princípio da separação de poderes, que desdobra-se na atribuição da função de julgar ao Judiciário, a ele cabendo dizer o direito, o que corrobora com o argumento de que a decisão dos juízes acerca da perda de mandato não necessita da outorga do parlamento para ter validade. O direito brasileiro também protege a coisa julgada, pela qual as decisões transitadas em julgado não podem ser alteradas, nem mesmo por lei nova, de modo que poder-se-ia pensar que a sentença de condenação criminal restaria prejudicada se sua eficácia fosse submetida a um outro julgamento, político, sobre fato que confronta com a sua execução. Enfim, caberia aos ministros analisar quais os princípios que melhor justificam as normas em apreço.

Verificado o fundamento da lei, que irá guiar a interpretação desta, embora não a vincule estritamente, uma vez que o sentido das normas muda com o tempo, passa-se a analisar a força dos precedentes judiciais. Como os juízes não são livres para tomarem decisões da mesma forma que o legislador o é, num sistema jurídico que se pretende íntegro é necessário que decisões sobre casos semelhantes, além de seguirem às leis, tenham o mínimo de coerência entre si. É o que Dworkin chama de força gravitacional das decisões anteriores; é uma exigência de equidade, para dispensar às situações fáticas parecidas o mesmo tratamento jurídico. Pois, se assim não fosse, qual seria a segurança desse sistema? A jurisprudência dos tribunais é um romance em cadeia: por mais que as decisões sejam tomadas por pessoas diferentes, em épocas diferentes, é necessário que sigam uma linha de raciocínio lógico e coerente, como se tivessem sido tomadas por uma única pessoa. A força dos precedentes e a exigência de tratamento equânime aos casos semelhantes foram questões altamente prejudicadas na conduta do STF, como será explicado detalhadamente mais adiante.

Reiterando o que já foi dito na breve explicação acerca das ideias gerais de Dworkin, é obviamente impossível ao jurista descobrir uma teoria constitucional que justifique todas as decisões – legislativas e judiciais – tomadas em um sistema jurídico. Portanto, para tratar o direito como integridade, o jurista deve elaborar uma teoria do erro, demonstrando que parte

da história institucional, ou seja, do histórico de decisões anteriores, pode ser considerada um equívoco, negando-lhe força gravitacional, de modo que não possam interferir em julgados posteriores. Para isso, deve demonstrar quais seriam as consequências disso, estabelecendo quais decisões manteriam a sua força gravitacional. A parte mais difícil, porém, é provar a força dessa teoria do erro, demonstrando que é mais forte do que qualquer outra que não admita os equívocos passados. Nas palavras de Dworkin (2010):

Se puder demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo - então, nesse caso, o argumento de equidade que sustenta este princípio de verá enfraquecido. Se Hércules puder demonstrar, por meios de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a despeito de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta este princípio de verá enfraquecido.

Portanto, descobrindo o juiz os princípios que justificam as normas constitucionais e as decisões judiciais, elaborando uma teoria do erro que retire a força gravitacional daquelas que já não correspondam à evolução social, deve aplicar a sua teoria aos casos futuros que vier a analisar.

Na jurisprudência coletada, percebe-se que, no RE 179502, em 1995, a Corte abordou a questão do ponto de vista estritamente constitucional, estabelecendo uma flexibilização do art. 15, III, com base na especificidade do art. 55, VI, § 2º, segundo conhecida regra hermenêutica positivista, consolidada na obra de Norberto Bobbio, de que a norma geral não se aplica (ou, pelo menos, não em sua totalidade) quando está prevista norma específica para determinada situação. Já na AP 470 o STF mudou radicalmente seu pensamento: buscou uma harmonização entre o direito constitucional e o direito penal e abordou o princípio da separação de poderes, ao ressaltar a independência do Judiciário.

Qual das duas teorias melhor explica o direito constitucional brasileiro? Esta é uma questão que vai além da finalidade desse artigo. Como se disse, o foco deste trabalho é a análise da coerência entre as decisões tomadas, a fim de apontar uma solução que salve a segurança prezada pelo sistema brasileiro. Mudando de posicionamento, os ministros deveriam ter estabelecido porque o entendimento anterior estava equivocado e a superioridade da nova teoria adotada. No voto do relator, assim como no dos demais ministros que com ele concordaram, é perceptível a preocupação com a possibilidade, no mínimo estranha, de um parlamentar condenado a regime prisional fechado ou semiaberto continuar titular de mandato eletivo por decisão da Casa legislativa e com a afetação da independência do Judiciário diante

da submissão da aprovação de um dos efeitos da sentença condenatória a outro poder. Porém, quanto à força dos precedentes, o min. Joaquim Barbosa afirmou que:

“a reconsideração de orientações pretéritas, balizadas por essa mesma preocupação [*a importância na ética no exercício do poder*], é que motivou o Supremo Tribunal Federal a rever sua jurisprudência ao decidir inúmeras questões nos últimos anos” (AP 470, p. 8.046 da decisão, fl. 59.661 do processo, grifos nossos).

Ele usa tal argumento para retirar a força gravitacional da AP 481, na qual um deputado tinha sido condenado por crime cometido antes da diplomação, a 3 anos e 1 mês de reclusão, e cuja decisão sobre a perda de mandato foi delegada à Câmara, nos termos do art. 55, VI, § 2º, por entender que o caso não era semelhante aos da AP 470 por não se incluir entre as hipóteses estabelecidas no art. 92, CP, para decretação da perda de mandato como efeito da condenação na sentença. O min. Dias Toffoli faz extensa referência ao RE 179502, mas o caso foi rechaçado pelo min. Gilmar Mendes, que não o entendeu como caso semelhante, pois o condenado havia se submetido a sursis e, portanto, tinha condições fáticas de exercer o mandato.

Percebe-se, portanto, que os princípios invocados para a mudança na interpretação das normas, foram, basicamente, a separação de poderes e conseqüente autonomia de cada um deles e a ética na política, além de ser reiteradamente suscitada a observação sobre a impossibilidade prática de parlamentar condenado a regime aberto ou semiaberto exercer mandato. A interpretação firmada na AP 470 foi seguida na AP 396, que versava, como já se expôs, sobre o mesmo tema.

Porém, surpreendentemente, o STF mudou novamente de posicionamento na AP 565, julgada menos de um ano depois do mensalão. Nessa ação, voltou-se ao entendimento esposado pelo min. Moreira Alves no RE 179502. Uma questão interessante é que os ministros mantiveram, individualmente, em seus votos, a mesma argumentação que utilizaram na AP 470, porém, devido à mudança na composição da Corte e dos juízes presentes em um julgamento e outro, o resultado não seguiu as decisões anteriores mais recentes. Essa situação explica, mas não justifica a mudança de jurisprudência. Embora os votos fossem coerentes com a interpretação jurídica firmada no passado, deve-se perceber que, para realizar o ideal do direito como integridade, nas decisões colegiadas, cada juiz deve considerar não apenas o posicionamento pessoal que adotou anteriormente, mas o entendimento do Tribunal. A força gravitacional do precedente deve ser estabelecida com base no resultado final dos votos do colegiado, averiguando se este estabeleceu um argumento de princípio forte o suficiente para

ser utilizado em um caso semelhante. Não foram feitas considerações a esse respeito no julgamento da AP 565.

Situação ainda mais emblemática ocorreu no MS 32326, julgado monocraticamente, em sede de liminar, pelo min. Barroso. Ao se confrontar com a mesma situação dos julgados anteriores, ele mudou a argumentação que tinha adotado no voto da AP 565 para, numa virada hermenêutica, voltar ao entendimento firmado pelo STF na AP 470. A perda de mandato, decidiu ele, seria automática, não com base no art. 55, IV, § 2º c/c art. 15, da Constituição, mas pelo que dispõe o art. 55, III, § 3º. O raciocínio é até interessante, pela sua engenhosidade em buscar uma saída lateral, fugindo, através de um cálculo matemático, à polarização estabelecida nos processos anteriores entre os parágrafos 2º e 3º do art. 55. Mas, além de ser uma decisão discrepante que traz sérios perigos à integridade que se propõe, ainda gera outro questionamento de difícil resolução: o que acontecerá com parlamentar cujo tempo remanescente de mandato é superior ao tempo que deve passar preso em regime fechado, sem possibilidade de trabalho externos?

Para melhor compreensão da pergunta, imagine-se, por exemplo, o caso de um senador condenado a 12 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, no seu primeiro ano de mandato. Depois de 2 anos, ele já terá cumprido $\frac{1}{6}$ da pena e poderá receber o benefício da progressão de regime e, assim, realizar trabalho externo, período no qual ainda lhe restariam 4 anos de mandato. Veja bem: poderá, porque o art. 112 da Lei de Execuções Penais submete a progressão de regime a requisitos subjetivos, de modo que não é possível prever, no momento da sentença condenatória, quando se dará a progressão que excluirá a impossibilidade de comparecimento às sessões legislativas.

Ao deparar-se com uma situação como essa, qual seria a solução? O Judiciário deve decretar a extinção do mandato, com base no art. 55, III? Nesse caso, seria ferido o direito do parlamentar de voltar a exercê-lo quando houvesse a possibilidade fática (e jurídica, já que sua situação não mais se enquadraria no art. 55, III, CF) de comparecer às sessões.

O Judiciário deve suspender o mandato? Para chegar a essa conclusão, seria preciso entender que o mandato eletivo é um direito político e, portanto, submete-se ao art. 15, III, CF, suspendendo-se, mas não extinguindo-se. Essa decisão ignoraria por completo o art. 55, VI, § 2º da CF e impossibilitaria a aplicação do art. 92, I, CP, sem nenhum fundamento jurídico forte.

O Judiciário deve aplicar o art. 55, VI, § 2º e deixar que o Senado decida o assunto? Essa resposta levaria ao risco de a Casa votar contra a perda do mandato, criando-se a

situação de um parlamentar preso e com mandato – exatamente a situação do deputado Donadon quando a Câmara fez a primeira votação, antes do julgamento do MS e que gerou grande indignação popular por afetar a ética na política, princípio moral que, ademais, é valorizado em qualquer sociedade.

Diante de tamanha problemática, é perceptível que a decisão mais diverge do que uniformiza, mais aparta do que integra. O min. Barroso, em sua fundamentação, considerou que a questão não era um caso difícil, de acordo com o conceito dworkiano, mas um caso fácil e relativamente simples que poderia ser resolvido por mera subsunção. Mas, ao não utilizar nenhum argumento de princípio, torna difícil a sua utilização como um precedente válido.

Como se vê, em relação à perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente, o Supremo proferiu decisões para todos os gostos, sem se ater, seriamente, às decisões passadas nem às consequências negativas dessas sucessivas alterações de posicionamento à segurança jurídica. Aliás, a própria efetividade dessas decisões pode ser questionada, uma vez que, em relação ao MS 32326, mesmo com a liminar vedando a votação da perda de mandato pela Casa legislativa, a Câmara aprovou uma Emenda estabelecendo voto secreto para esses casos e votou a perda do mandato, ferindo, de todo modo, a autonomia do Judiciário com a qual preocupava-se o min. Joaquim Barbosa na AP 470.

CONCLUSÃO

Para proteger a segurança jurídica e o próprio respeito dos cidadãos às normas e instituições, é necessário que mantenha-se a integridade do direito, ou seja, a sua coerência. É uma exigência de equidade que os casos semelhantes sejam tratados de forma igual. Nas vezes em que se confrontou com o tema da perda de mandato de parlamentar por sentença criminal condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal tomou todo tipo de decisões discrepantes, tornando inseguro o próprio direito.

Apesar da incongruência entre seus julgamentos sobre o assunto, a Corte continua com o dever de harmonizar o direito. Para a construção dos próximos capítulos deste romance em cadeia, é preciso que os ministros avaliem suas decisões passadas, buscando quais princípios guiaram a Suprema Corte a decidir deste ou daquele modo e estabelecer quais são os “pontos fora da curva”, que não devem ser usados como precedentes. Caso contrário, os brasileiros estarão fadados a ver se concretizar a máxima jocosa dos cétricos, segundo a qual, os juristas decidem de acordo com o que comeram no café da manhã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Decreto Lei n. 2.848, de 1940. **Código Penal.** Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei n. 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal.** Brasília, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 396. Relatora: Carmem Lúcia. **Diário de Justiça.** Brasília, 03 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4622946>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça.** Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 565. Relatora: Carmem Lúcia. **Diário de Justiça.** Brasília, 08 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7401625>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32326. Relator: Roberto Barroso. **Diário de Justiça.** Brasília, 04 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000295453&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 179502. Relator: Moreira Alves. **Diário de Justiça.** Brasília, 08 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

DWORKIN, R. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.