



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 5 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Impeachment e devido processo legal*

Impeachment and due process

RICARDO PERLINGEIRO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
ricardoperlingeiro@id.uff.br

Recebido/Received: 06.09.2017 / September 09th, 2017

Aprovado/Approved: 31.12.2017 / December 31st, 2017

Resumo

O presente artigo versa sobre a aplicação do devido processo legal no impeachment de Presidente no direito constitucional brasileiro, tendo, como pano de fundo, o impeachment de Dilma Rousseff, julgado no dia 31 de agosto de 2016. O autor apresenta uma perspectiva crítica do direito brasileiro, a partir do sistema interamericano de direitos humanos e também de algumas anotações comparadas com o modelo europeu de direitos humanos. O texto organiza-se em duas partes. A primeira discorre sobre o cabimento de um devido processo legal procedimental no impeachment e suas implicações no nível de deferência do Judiciário em favor do Senado na sua função jurisdicional; a segunda, tendo como premissa um regime constitucional de deferência plena do Judiciário em favor do Senado, enumera certas garantias processuais que seriam necessárias ao impeachment. Conforme o

Abstract

Using the example of Dilma Rousseff's impeachment by the Federal Senate on 31 August 2016, this paper discusses the applicability of the U.S. notion of "procedural due process of law" to the presidential impeachment process under Brazilian constitutional law, taking a critical approach based on the Inter-American system of human rights protection and a number of comparisons with the European human rights model. The author argues that, although the Senate alone is competent to try the President for crimes of malversation according to Article 52 (1) of the Brazilian Constitution, certain guarantees of due process are necessary in such impeachment proceedings in order to ensure compliance with the fundamental human right to a fair trial established by the case law of the Inter-American Court of Human Rights. Brazilian law should therefore be amended by providing for Supreme

Como citar esse artigo/How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55114.

* Adaptação do texto da palestra ministrada na Faculdade de Direito da University of Reading, em Reading, Reino Unido, em 5 de outubro de 2016. A versão em inglês deste artigo foi publicada com o título "Due Process in the Brazilian Presidential Impeachment", no *Florida Journal of International Law*, v. 28, n. 1, 2016.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói, RJ, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Brasil). Pesquisador convidado do Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV (Speyer, Alemanha) (2006-2007). Coordenador brasileiro do Projeto DAAD Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito na América Latina (2009-2012). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro, Brasil). E-mail: ricardoperlingeiro@id.uff.br.

autor, somente em caráter excepcional, no caso de insuficiência de tais garantias, a jurisdição sobre os aspectos jurídicos e fáticos do impeachment seria entregue ao Judiciário, como uma alternativa do direito interno brasileiro para atender à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que concerne ao direito a uma tutela “judicial” efetiva como um direito humano fundamental.

Palavras-chave: impeachment; devido processo legal; Convenção Americana de Direitos Humanos; Dilma Rousseff; deferência.

Court review of the legal and factual issues of the impeachment in exceptional cases in which the Senate fails to provide such guarantees.

Keywords: impeachment; due process of law; American Convention on Human Rights; Dilma Rousseff; deference.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Cabimento do devido processo legal no impeachment; **2.1.** O *due process* norte-americano na América Latina; **2.2.** Devido processo do impeachment brasileiro; **2.3.** Parlamento com funções quase-judiciais?; **2.4.** Direito a uma jurisdição independente e imparcial como um direito humano; **2.5.** Correlação entre a deferência judicial e a natureza quase-judicial das funções administrativas de solução de conflitos; **2.6.** Deferência judicial ao impeachment no Senado; **2.7.** Imunidade incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos; **2.8.** Caso *Paksas vs. Lithuania*: TEDH e Comitê de Direitos Humanos da ONU; **2.9.** Diferenças entre TEDH e a Corte I.D.H. acerca do *fair trial* sobre direito administrativo; **2.10.** Revisão judicial do impeachment como medida extrema; **2.11.** Exceções ao excepcional controle judicial do impeachment; **3.** Garantias processuais no impeachment. **3.1.** Direitos a juízes independentes; **3.2.** Direito a juízes com formação jurídica; **3.3.** Direito a juízes imparciais; **3.4.** Direito a uma jurisdição plena; **3.5.** Direito a uma segunda chance. **4.** Conclusões; **5.** Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio versa sobre a aplicação do *procedural due process of law*, de origem americana, no processo de impeachment de Presidente no direito constitucional brasileiro, mediante uma abordagem crítica à luz do sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos e de algumas comparações com o modelo europeu de direitos humanos.

As considerações têm como pano de fundo o impeachment de Dilma Rousseff, acolhido pelo Senado Federal no dia 31 de agosto de 2016, em razão da “abertura de créditos suplementares por decretos presidenciais, sem autorização do Congresso Nacional”, e da “contratação (ilegal) de operações de crédito”. Na ocasião, a então Presidente foi condenada à pena de perda do cargo e absolvida quanto à habilitação para o exercício de outras funções públicas.¹

O texto apresenta duas partes. A primeira discorre sobre os fundamentos do cabimento de o devido processo legal procedimental em um impeachment em geral, e sobre suas implicações no nível de deferência do Judiciário em favor do Senado na sua

¹ SENADO FEDERAL. **Denúncia nº 1/2016**. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016.

função jurisdicional. A segunda parte do ensaio enumera certas garantias processuais que seriam necessárias ao impeachment em um regime constitucional que veda a sua judicialização.

2. CABIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO IMPEACHMENT

2.1. O *due process* norte-americano na América Latina

Quanto à primeira parte deste ensaio, inicialmente, vale lembrar que o *due process of law* a que me refiro é o originado na Magna Carta de 1215; na *Liberty of Subject Act* (28 Edward 3) de 1354; na *Observance of Due Process of Law Act* (42 Edward 3) de 1368; e na 5ª (1791) e 14ª (1868) Emendas à Constituição dos EUA.²

Também vale assinalar que, por influência do direito constitucional dos Estados Unidos,³ a vertente procedimental do *due process of law* está formalmente prevista na Constituição de numerosos países latino-americanos como parte integrante da elaboração de uma decisão administrativa restritiva de interesses individuais.⁴

2.2. Devido processo do impeachment brasileiro

Com efeito, no direito brasileiro, o afastamento, em definitivo, do Presidente da República, mediante imputação da prática de crime de responsabilidade,⁵ implica restrição a direito individual (perda de cargo e inabilitação para o exercício de outras funções públicas) e depende, portanto, de um prévio processo legal, com base no art. 5º XXXV, LIV e LV da Constituição de 1988.

A propósito, esse foi um ponto de consenso entre acusação e defesa nos autos do processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff,⁶ e é o que está assinalado em precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF).⁷

² PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p. 115-116.

³ U.S. SUPREME COURT. *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272. Washington, 19 de fevereiro de 1856; U.S. SUPREME COURT. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254. Washington, 23 de março de 1970.

⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição... *op. Cit.* p. 119-123.

⁵ O "crime de responsabilidade" mencionado no art. 85 da Constituição brasileira é definido pela Lei nº 1.079 de 10 Abril de 1950 como sendo uma conduta do Presidente da República que implique um atentado à Constituição.

⁶ SENADO FEDERAL. *Denúncia nº 1/2016*. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015.

2.3. Parlamento com funções quase-judiciais?

Na verdade, as controvérsias processuais do impeachment residem em saber o grau de intensidade do devido processo perante o Senado Federal e também em medir os efeitos de tal devido processo em face de uma eventual revisão pelo Judiciário.

Em outras palavras, as questões a responder são: incidem as garantias típicas de um processo judicial nas funções jurisdicionais do Parlamento? É suscetível de revisão pelo Judiciário a decisão jurisdicional proferida pelo Parlamento no processo de impeachment?

2.4. Direito a uma jurisdição independente e imparcial como um direito humano

A partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), pode-se dizer que é um direito humano fundamental o direito de acesso a uma jurisdição e a um processo justo, e não exatamente o direito de acesso ao Judiciário.⁸

Apesar de o Judiciário ser tradicionalmente o Poder destinado à função jurisdicional,⁹ é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) admitir que outro ramo do Estado exerça aquela função, desde que o faça mediante um órgão competente, independente, imparcial, com observância ao juiz natural (juiz pré-estabelecido em lei) e às demais garantias do devido processo legal na plenitude.¹⁰

Um precedente similar foi estabelecido pela Suprema Corte dos EUA no caso *Crowell v. Benson*:

*um Estado pode distribuir seus poderes [de solução de conflitos administrativos] como considerar conveniente, desde que atue de modo coerente com as exigências essenciais do devido processo e não transgrida as restrições da Constituição Federal aplicável a autoridade estadual.*¹¹

De fato, existem modelos de jurisdição administrativa em que o controle de atos e decisões administrativas é predominantemente exercido pelo Judiciário, como

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 71.

⁹ O autor utiliza o termo “jurisdição administrativa” como equivalente à expressão *jurisdiction administrative*, do direito francês, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, do direito alemão, *giurisdizione amministrativa*, do direito italiano, e *jurisdicción administrativa*, do direito espanhol.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010, § 108.

¹¹ U.S. SUPREME COURT. **Crowell v. Benson** 285 U.S. 22. Washington, 23 de fevereiro de 1932, p. 57; tradução nossa.

no Brasil e maior parte dos países latino-americanos;¹² outros modelos em que o controle é concebido de forma alheia ao Judiciário, como atualmente ocorre no Uruguai e no México;¹³ ou, ainda, alguns em que o controle se dá entre o Executivo e o Judiciário, como se passou em Honduras na vigência da sua Constituição de 1965.¹⁴

Em todos eles, como ponto de cristalização do princípio do Estado de Direito na América Latina, concebe-se o direito de acesso a uma jurisdição administrativa sob o manto dos arts. 8º e 25 da CADH.¹⁵

2.5. Correlação entre a deferência judicial e a natureza quase-judicial das funções administrativas de solução de conflitos

Deve-se distinguir, de um lado, as funções administrativas de solução de conflitos que precisam assemelhar-se a atuações judiciárias, e, de outro lado, as funções administrativas meramente executivas e também as funções de solução de conflitos que não se assemelham a atuações judiciárias.

A necessidade de as funções administrativas de solução de conflitos se aproximarem das características das atuações judiciárias é proporcional ao nível de deferência que o Judiciário confere às decisões administrativas de tal natureza. Quanto maior a deferência judicial às decisões administrativas, maior a necessidade das decisões administrativas estarem revestidas de garantias típicas de um processo judicial.

Por exemplo, *a contrario sensu*, os procedimentos administrativos disciplinares no direito brasileiro são concebidos em um modelo de *administrative adjudication* que não conhece autoridades independentes e, por isso, suas decisões são revisadas plenamente pelo Judiciário, com base na cláusula geral da tutela judicial efetiva contida no art. 5º XXXV da Constituição.

Com igual perspectiva, é a jurisprudência da Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH):

Da mesma forma, o fato do dever de julgar ser conferido a órgãos disciplinares profissionais por si só não infringe a Convenção. No entanto, nessas circunstâncias, a Convenção exige ao menos um dos dois seguintes sistemas: ou os próprios órgãos disciplinares profissionais se adequam às exigências do artigo, ou, caso não se adequem, ficam sujeitos a uma revisão subsequente por “um órgão judicial com jurisdição plena” e forneça as

¹² PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p. 114.

¹³ PERLINGEIRO, Ricardo. *Idem*. p. 105-106.

¹⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. *Idem*. p. 103-104.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010, § 10.

garantias do art. 6o § 1 (Caso Albert and Le Compte v. Belgium, § 29; Caso Gautrin and Others v. France, § 57). Por conseguinte, a Corte tem reiterado consistentemente que, em razão do disposto no art. 6o § 1, [é necessário que] as decisões de autoridades administrativas que não satisfaçam os requisitos do referido artigo devem estar sujeitas a um controle subsequente por “um órgão judicial com jurisdição plena” (Caso Ortenberg v. Austria, § 31).¹⁶

É nesse contexto que a Corte I.D.H. entende que as autoridades administrativas meramente executivas precisam observar os arts. 8º e 25 da CADH apenas o suficiente para evitar uma decisão arbitrária, sem a necessidade de atuar como se fossem autoridades judiciárias,¹⁷ isso porque, do contrário, ocorreria redundância entre as funções judiciárias e as funções administrativas de solução de conflitos que passariam a ter iguais características.¹⁸

2.6. Deferência judicial ao impeachment no Senado

O sistema de jurisdição administrativa no direito latino-americano é resultado da influência do constitucionalismo americano versus a tradição do direito administrativo europeu-continental, isto é, um modelo de revisão judicial, generalista e com amplos poderes de revisão sobre a Administração Pública, que, a despeito da obrigatoriedade formal de oferecer um devido processo legal, não detém meios para tanto, e o Judiciário acaba sendo a única instância independente e imparcial.¹⁹

Em uma perspectiva bastante diferenciada, no direito administrativo de países vinculados ao *common law*, *courts* tendem a uma deferência em favor de decisões administrativas de solução de conflitos, como as proferidas por juízes de direito administrativo nos EUA (*Administrative Law Judges*) e por tribunais administrativos na Inglaterra e Austrália (*Administrative Tribunals*).²⁰

Portanto, convém assinalar que o modelo processual desejado pela Constituição brasileira para o impeachment de Presidente da República é inerente a um modelo de jurisdição administrativa incomum no direito administrativo brasileiro.

¹⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention** – Right to a fair trial (civil limb). Strasbourg: Council of Europe, 2013. §§ 81 e 82; tradução nossa.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile**. São José, 19 de setembro de 2006, §§ 118 e 119.

¹⁸ ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (justiça administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v.4, n.1, p. 129-165, jan./abr. 2017. p. 134.

¹⁹ Ver em geral PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

²⁰ Sobre os diversos modelos de justiça administrativa: ASIMOW, Michael. *Op. cit.* p. 135; CANE, Peter. **Controlling administrative power: an historical comparison**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 325-367.

Com efeito, o art. 52 (1) da Constituição brasileira consagrou uma imunidade judicial para os crimes de responsabilidade, ou seja, trata-se de um modelo de jurisdição em que, em princípio, o Judiciário não adentra na competência do Senado Federal para o julgamento do impeachment.

Nesse sentido, decidiu o STF: “[...] ao Judiciário não cabe interferir nos critérios do poder discricionário do Senado Federal quanto à oportunidade ou conveniência, nem adentrar no mérito de seu julgamento [...]”,²¹ tal como, no caso *Nixon v. U.S.*, a Corte Suprema dos EUA declarou “*the Impeachment Trial Clause is nonjusticiable*”.²²

2.7. Imunidade incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos

Não sendo autorizado pela Constituição que o Judiciário reveja a decisão de impeachment proferida pelo Senado, de duas uma: ou se tem um devido processo legal no impeachment que se equipare às garantias de um *fair trial*, ou surge uma lacuna no sistema constitucional brasileiro, com uma decisão de solução de conflitos de competência do Senado que se encontra dentro de uma esfera de imunidade e não sujeita à cláusula do *fair trial* do art. 5º XXXV da Constituição.

No entanto, tal lacuna que poderia surgir no direito constitucional brasileiro não é justificável ante a CADH.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),

*a figura do julgamento político está prevista em várias normas da região, atribuindo essa faculdade a congressos, parlamentos e assembleias. Sem prejuízo dessas competências, o Sistema Interamericano considerou que todo procedimento punitivo deve dispor das garantias mínimas do devido processo, sobretudo quando esses procedimentos podem afetar os direitos humanos de uma pessoa.*²³

A propósito, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Powell v. McCormack*, decidiu que nem sempre ocorre uma indisposição entre os ramos de governo na revisão judicial de atos políticos, e que a interferência judicial pode ser necessária quando se trata de interpretar da Constituição.²⁴

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015. Ver também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.193. Brasília, 11 de maio de 2016.

²² U.S. SUPREME COURT. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993. p. 224.

²³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de imprensa**. Washington, 2 set. 2016.

²⁴ U.S. SUPREME COURT. *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486. Washington, 16 de junho de 1969, p. 521.

Portanto, não são as questões jurídicas as imunes a controle sob o rótulo de “atos políticos”, mas sim certas questões fáticas que, sendo demasiadamente técnicas, podem escapar da capacidade cognitiva dos juízes, e, por tal razão, tornarem-se insuscetíveis de revisão judicial ou de alguma forma de jurisdição.²⁵

De fato, não se deve considerar literalmente o termo “juízo político” em um impeachment: a categoria de atos políticos (rechaçada por Otto Mayer, em sua obra, nos fins do século XIX),²⁶ como uma zona de imunidade jurisdicional, não seria tolerável na atual configuração do princípio do Estado de Direito.²⁷

2.8. Caso Paksas v. Lithuania: TEDH e Comitê de Direitos Humanos da ONU

O caso *Paksas v. Lithuania*, do TEDH, que excluiu do impeachment do Presidente da Lituânia o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²⁸, não deve ser considerado um paradigma para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, o Sistema Interamericano não deve sofrer influência da Comunicação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que afastou daquele mesmo impeachment (na Lituânia) a incidência do art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), deixando anotado que “*no hay determinación de derechos u obligaciones de carácter civil cuando las personas en cuestión son objeto de medidas que les son impuestas por su condición de personas subordinadas a un alto nivel de control administrativo o parlamentario, como es el caso de un proceso de destitución.*”²⁹

2.9. Diferenças entre o TEDH e a Corte I.D.H. acerca do fair trial sobre direito administrativo

A inaplicabilidade do referido caso *Paksas v. Lithuania* ao direito constitucional brasileiro pode ser explicada por um desencontro originário entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, no que concerne à revisão judicial de decisões administrativas.

²⁵ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. p. 313.

²⁶ MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, 1. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895. p. 4 et seq.

²⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 167-205, jan./abr. 2017. p. 175.

²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECtHR). **Case of Paksas v. Lithuania** [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011, §§ 66-67.

²⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). **Communication n° 2155/2012, N.U.** Doc. CCPR/C/110/D/2155/2012. Rolandas Paksas v. Lithuania (Aprovado em 25 mar. 2014), § 7.7. Ver também §§ 7.6, 7.8, 7.9 e 8.4.

Em primeiro lugar, porque a interpretação meramente gramatical dos arts. 8º e 25 da CADH (ao contrário dos arts. 6º e 13 da CEDH, e ao art. 14.1 do PIDCP) sempre alcançou as questões de direito administrativo.³⁰

Em segundo lugar, porque a redação restritiva do art. 6º da CEDH e do art. 14 do PIDCP é reflexo de uma visão anterior ao século XIX em que, na ausência de um direito administrativo consolidado, a função do Judiciário se limitava a direito penal e a direito privado.³¹

Em terceiro lugar, porque, ante o atual estágio do direito ao *fair trial* como concretização do Estado de Direito, excluir um prévio devido processo legal administrativo do art. 6º da CEDH e do art. 14 do PIDCP exigiria que tal processo estivesse sujeito a uma revisão posterior e plena por uma instância judiciária.³²

Por fim, porque, em geral, estão retratados, na lei penal, os fatos que caracterizam crime de responsabilidade como pressuposto de um impeachment, conforme o art. 86 da Constituição brasileira, e a aplicação das sanções de perda de cargo e de inabilitação para funções públicas atingem a esfera privada do acusado.³³

2.10. Revisão judicial do impeachment como medida extrema

Dessa forma, do ponto de vista do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a revisão pelo Judiciário do julgamento do impeachment no Senado Federal deverá ser admitida, em caráter excepcional, na medida em que for necessária para compensar o déficit (no impeachment) das garantias de um devido processo legal típicas de um processo judicial.

Com referência ao caso Dilma Rousseff, foi assim que a CIDH se manifestou: “Diante dos questionamentos relativos a falhas no devido processo, a CIDH considera de especial relevância a atenção que as autoridades competentes do Poder Judiciário do Brasil dispensem a este caso.”³⁴

Igual conclusão pode ser extraída da Constituição dos EUA:

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, §§ 69-71.

³¹ “A despeito de a origem da Declaração de Direitos Humanos de 1789 estar associada às Declarações das Colônias Norte-Americanas, o fato é que ela não consagrou o devido processo legal prévio e limitou-se, no seu art. 7º, a dispor sobre a **reserva da lei** como condição prévia a prisões, ao contrário do conteúdo do art. 12 da Declaração de Massachusetts de 1780, que se estendia à proibição da **restrição de bens** sem que houvesse um julgamento prévio.” (PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015. p. 117).

³² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention - Right to a fair trial (civil limb)**. Strasbourg: Council of Europe, 2013. §§ 81 e 82.

³³ Do contrário, não seria o procedimento de impeachment um resquício das “relações especiais de poder”? Sobre as “relações especiais de poder”, ver FORSTHOFF, Ernst. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v.1, n.10. s.l.: s.n, 1973. p. 127 et seq., e MAURER, Hartmut **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 18. München: C.H.BECK, 2011. p. 135-139 (§ 6 §§ 24-29) e p. 189-193 (§ 8 §§ 27-32).

³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016.

Uma atuação do Senado em impeachment, baseada em uma falha fundamental do processo, pode ser impugnada judicialmente, assim como qualquer inobservância grave do devido processo legal. A garantia do devido processo legal prevista na Quinta Emenda é (categoricamente) imperativa, e beneficia qualquer pessoa contra atuações de qualquer parte do governo.³⁵

No caso *Nixon v. United States*, o Justice Souter ao ressaltar o seu voto, citando os Justices White and Baker, afirmou que:

Pode-se, entretanto, prever circunstâncias diferentes e incomuns que justificaria uma revisão mais intensa de processos de impedimento [impeachment]. Se o Senado agisse de modo a ameaçar seriamente a integridade de seus resultados, condenando, por se dizer, como num cara ou coroa, ou em uma determinação sumária de que um oficial (ou funcionário público, dependendo do contexto) dos Estados Unidos fosse simplesmente um 'cara mau', [...] a interferência judicial poderia ser apropriada. Em tais circunstâncias, a atuação do Senado poderia estar muito longe do escopo de sua autoridade constitucional, e o impacto resultante sobre a República ser tão grande, que mereceria uma resposta judicial apesar de as preocupações com a prudência comumente recomendarem o silêncio. A doutrina das questões políticas, uma ferramenta para a manutenção da ordem governamental não será aplicada de modo a promover apenas desordem.³⁶

No mesmo sentido, em uma das ações judiciais apresentadas por Dilma Rousseff contra o Senado, o Ministro Teori Zavascki, do STF, afirmou que “somente em hipótese extremada – em que demonstrada a existência, no processo de impeachment, de uma patologia jurídica particularmente grave – é que caberá uma intervenção [judicial]”.³⁷

2.11. Exceções ao excepcional controle judicial do impeachment

Duas ressalvas, porém, devem ser apresentadas ao excepcional controle judicial do impeachment.

Primeiro, os arts. 8º e 25 da CADH são aplicáveis somente à proteção de um direito individual, isto é, não se prestam a controlar abstratamente a legalidade da

³⁵ ISENBURGH, Joseph. Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process. *Yale Law and Policy Review*, v. 18, n. 1, p. 52, 2000; tradução nossa. Ver também GERHARDT, Michael J. Judicial review of impeachments. In: _____. **The federal impeachment process: a constitutional and historical analysis**, 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. p. 125 et seq.

³⁶ U.S. SUPREME COURT. **Nixon v. United States**, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993, p. 239; tradução nossa.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 DF. Brasília, 8 de setembro de 2016.

Administração Pública ou a assegurar a efetividade de princípios básicos de um Estado, como a democracia, sem que esteja em risco concreto um interesse individual.

Dessa forma, por exemplo, é irrecorrível judicialmente a polêmica parte da decisão proferida no impeachment de Dilma Rousseff que a considerou habilitada para exercer outras funções públicas, a despeito da sua condenação à perda do cargo.³⁸ Impugnar uma questão de tal natureza (absolvição parcial) seria um ato circunscrito tão somente aos limites estreitos de um procedimento de jurisdição constitucional, porém sem fundamento na cláusula dos arts. 8º e 25 da CADH.³⁹

A outra ressalva é quanto ao exercício de direitos individuais, o qual deve ser compatibilizado com o interesse público preponderante, ou seja, em certos casos, mesmo que o direito seja procedente, se o seu exercício for prejudicial ao interesse público, restará ao indivíduo apenas o ressarcimento em perdas e danos.⁴⁰

Por exemplo, pode não atender ao interesse público impor o desfazimento de uma decisão de impeachment após certo lapso de tempo, se houver sério risco de desestabilizar um programa de governo em andamento.

3. GARANTIAS PROCESSUAIS NO IMPEACHMENT

Chego à segunda parte do presente ensaio, que trata da enumeração de certas garantias processuais que devem estar presentes no processo de impeachment.

Refiro-me ao direito a um julgamento independente, qualificado e imparcial, ao direito a uma decisão motivada e ao direito a um recurso contra a uma decisão desfavorável.

3.1. Direito a juízes independentes

Com efeito, os parlamentares brasileiros estão investidos em prerrogativas constitucionais para atuarem com independência,⁴¹ que, inclusive, é um instrumento da imparcialidade.

Portanto, em princípio, a função jurisdicional sob o crivo das garantias de um devido processo legal típicas de um processo judicial pode ser implementada pelo

³⁸ Em outra perspectiva, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) considerou a pena de inabilitação (como consequência de um impeachment) desproporcional ao direito a eleições livres, se não leva em conta o risco de o condenado representar ofensa à ordem democrática de um Estado em dado período histórico e político, especialmente se, à época do impeachment, não havia previsão de tal pena (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Paksas v. Lituânia** [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011).

³⁹ A respeito da ilegitimidade de um cidadão postular direito alheio fundamentado no interesse social em geral e nas prerrogativas institucionais dos membros das Casas Legislativas, ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministra decide em mandados de segurança contra divisão de sanções no impeachment. Notícias STF**. Brasília, 8 set. 2016.

⁴⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. p. 180-181.

⁴¹ Arts. 53-56 da Constituição Federal de 1988.

Senado Federal, e as eventuais distorções formais do impeachment sanadas pelo próprio Parlamento, independentemente de qualquer intervenção judicial. Entretanto, não é exatamente o que ocorre.

3.2. Direito a juízes com formação jurídica

Para ser elegível ao cargo de Senador da República, conforme o art. 14 § 3º da Constituição brasileira, não é necessária a formação jurídica.

A questão então reside em saber se atende à noção de *fair trial* uma causa de direito administrativo ser decidida por um juiz não profissional, o que seria incomum no âmbito da justiça administrativa.

Será compatível com a cláusula do devido processo legal um julgamento por juízes leigos sobre fatos que, a despeito do rótulo de crime de responsabilidade, envolve controvérsias jurídicas de alta indagação sobre direito financeiro e direito administrativo, como ocorreu no caso Dilma Rousseff?

Nesse contexto, a qualificação técnica dos parlamentares-magistrados é essencial ao controle jurisdicional efetivo sobre uma contenda jurídica e deve ser evidenciada, de modo a conferir credibilidade à decisão a ser proferida e, aos olhos da sociedade, não deixar a imagem de que a liberdade de consciência no julgamento, na realidade, é refém de assessores ou peritos (que não detêm prerrogativas de independência).

Todavia, ainda que se admitam parlamentares-magistrados sem formação jurídica, em tal situação, a decisão jurisdicional deveria ser elaborada majoritariamente por parlamentares “profissionais”.⁴²

3.3. Direito a juízes imparciais

Sobre a imparcialidade em um julgamento de impeachment, entende o STF que:

[...] o juiz imparcial deve estar sujeito apenas à lei. Essa lógica, entretanto, não se transmite ao processo jurídico-político, na medida em que os julgadores, além de sujeitos à lei, também atendem a interesses externos, inclusive de seus representados. Vale dizer, a carga política da decisão no impeachment decorre, em última análise, da função representativa dos parlamentares, inaplicável aos juízes. [...] ao contrário do que ocorre no âmbito judicial, a imparcialidade não constitui característica marcante do Parlamento. [...] A Constituição pretendeu que o julgador [parlamentar] estivesse sujeito à lei e a

⁴² Ver art. 12 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014. p. 87).

*interesses políticos, de modo que a subtração dessa perspectiva implicaria violação ao princípio democrático.*⁴³

Entretanto, em vista do art. 8º da CADH, que se aplica integralmente a qualquer processo administrativo de que resulte uma decisão não sujeita à revisão judicial, não haveria dúvidas de que, na posição de juízes, os parlamentares devem ser imparciais em relação ao julgamento e, como corolário lógico, deve ser oferecido ao interessado o direito de impugnar e provar a ausência de imparcialidade de cada um dos julgadores.⁴⁴

3.4. Direito a uma jurisdição plena

No que concerne à intensidade do controle judicial da decisão do Senado, segundo o STF, o impeachment é um processo predominantemente político, e ao Judiciário não cabe interferir nos critérios do poder discricionário quanto à oportunidade ou conveniência da apuração da acusação, nem adentrar no mérito de julgamentos.⁴⁵

A tese de que o impeachment é um processo político e, por tal razão, insuscetível de controle judicial será compatível com a CADH apenas se, perante o Senado, houver sido observado um devido processo legal com garantias típicas de um processo judicial.⁴⁶

Isso significa dizer que, em face de uma perseguição de impeachment, a liberdade do Senado para apreciar fatos e valorá-los juridicamente (poder discricionário) deve ser exercida mediante uma decisão motivada que responda a todos os argumentos relevantes formulados pela defesa.⁴⁷

3.5. Direito a uma segunda chance

Finalmente, refiro-me ao direito a recurso contra uma decisão desfavorável, como um direito humano fundamental, o qual tem lastro em norma internacional (art. 14.5 do PIDCP) e está consagrado no art. 8.2 (h) da CADH.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015, Inteiro Teor do Acórdão, p. 85-86; grifo nosso.

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 84.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015; Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 /DF. Brasília, 8 de setembro de 2016.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001, § 77.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**. São José, 13 de outubro de 2011, § 204.

Sua aplicabilidade originária a condenações criminais, atualmente, estende-se a condenações de natureza administrativa disciplinar como condição de eficácia a uma sentença em detrimento do indivíduo.⁴⁸

4. CONCLUSÕES

A persecução do crime de responsabilidade de Presidente, para fins de impeachment, no direito brasileiro, é de competência constitucional exclusiva do Senado Federal e equivale a uma persecução judicial de natureza administrativa disciplinar, a qual deve ser conduzida sob os princípios da justiça administrativa, assegurando-se ao acusado as garantias do devido processo legal típicas de um processo judicial.

É fundamental saber se estão ao alcance do acusado estruturas institucionais do Senado Federal que lhe assegurem - na plenitude - as garantias do devido processo como condição *sine qua non* para que seja do Parlamento a última palavra em um processo de impeachment, tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista substancial – jurídico e fático - da persecução.

Caso tais garantias se encontrem ao alcance do acusado, não lhe restaria outra solução senão conformar-se com a eventual decisão desfavorável do Senado Federal, a qual, para todos os efeitos, seria definitiva.

Entretanto, como acima explicitado, não se encontrando o Senado estruturalmente apto a produzir um processo justo à luz da CADH, o processo de impeachment se equipararia, na realidade, a um procedimento disciplinar extrajudicial, que, no direito administrativo brasileiro, sujeita-se a uma revisão judicial plena.

Assim sendo, em tais condições adversas, a irresignação do acusado autorizaria uma revisão junto ao Judiciário não apenas acerca dos vícios de forma, mas igualmente - e sobretudo - dos vícios de conteúdo fático e jurídico, com a ressalva de que, no caso de incompatibilidade com o interesse público preponderante quando da execução da decisão judicial, o direito individual se limitaria a perdas e danos.

De fato, nesse contexto, uma revisão judicial do impeachment seria uma alternativa do direito interno brasileiro para ajustar-se à jurisprudência da Corte I.D.H. no que concerne ao direito ao *fair trial* como um direito humano fundamental.

Para concluir, percebe-se que o verdadeiro legado deste ensaio é um convite a repensar o modelo atual de impeachment; mas não apenas no direito constitucional brasileiro.

Isso porque, as deficiências processuais detectadas, como a falta de imparcialidade e de qualificação jurídica dos parlamentares “juizes”; o direito de defesa sendo limitado pelo conceito de “ato político” (do impeachment) e a ausência do direito a um

⁴⁸ Ver RAMÍREZ, Sergio García. **El debido proceso**: Criterios de la jurisprudencia interamericana. México: Editorial Porrúa, 2014. p. 45-46.

recurso (segunda instância) são características negativas que decorrem de uma inaptidão natural de um Parlamento de qualquer Estado para exercer funções jurisdicionais com o nível de sofisticação jurídica que o cenário internacional de direitos humanos hoje impõe, e que não era imaginável dois séculos atrás.

5. REFERÊNCIAS

ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (justiça administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.4, n.1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378. Brasília, 8 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2bKhome>>. Acesso em: 6 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 /DF. Brasília, 8 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2cQEJDJ>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.193. Brasília, 11 de maio de 2016.

CANE, Peter. **Controlling administrative power**. An historical comparison. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A CIDH expressa preocupação pela destituição da Presidente do Brasil. **Comunicado de Imprensa**. Washington, 2 set. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2jAPPQy>>. Acesso em: 12 set. 2017.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). **Comunicación nº 2155/2012, N.U.** Doc. CCPR/C/110/D/2155/2012, Rolandas Paksas vs. Lithuania (Fecha de aprobación 25 Marzo 2014). Disponível em: <<http://bit.ly/2jvPvXi>>. Acesso em: 6 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay**. São José, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2ip2ubG>>. Acesso em: 6 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude-Reyes y otros vs. Chile**. São José, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kw8J39>>. Acesso em: 6 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú**. São José, 31 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://bit.ly/1DRxvXe>>. Acesso em: 6 set. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. São José, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1p3bnzW>>. Acesso em: 6 set. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case Gautrin and Others v. France**. Strasbourg, 20 de maio de 1998. Disponível em: <<http://bit.ly/2jIH8bf>>. Acesso em: 6 set. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Albert and Le Compte v. Belgium**. Strasbourg, 10 de fevereiro de 1983. Disponível em: <<http://bit.ly/2jp5PZH>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Ortenberg v. Austria**. Strasbourg, 25 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://bit.ly/2ioSglx>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Paksas v. Lithuania** [GC]. Strasbourg, 6 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2cJ7B5X>>. Acesso em: 6 set. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)**. Strasbourg: Council of Europe, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1Mfl21m>>. Acesso em: 8 set. 2017.

FORSTHOFF, Ernst. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 1, n. 10. s.l.: s.n., 1973.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **El debido proceso**: Criterios de la jurisprudencia interamericana. México: Editorial Porrúa, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/2cBYtvU>>. Acesso em: 12 set. 2017.

GERHARDT, Michael J. Judicial review of impeachments. In: _____. **The federal impeachment process**: a constitutional and historical analysis, 2nd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. p.118-134.

ISENBERGH, Joseph. Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process. **Yale Law and Policy Review**, v. 18, n. 1, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/2bVUXKU>>. Acesso em: 6 set. 2017.

MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, v. 18. Munchen: C.H.Beck, 2011.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, 1. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1895.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**. Niterói: Eduff, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015.

RAMÍREZ, Sergio García. **El debido proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana**. México: Editorial Porrúa, 2014.

SENADO FEDERAL. Denúncia nº 1/2016. Brasília: Diário Oficial da União. Edição Extra de 31 ago. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2c1stDg>>. Acesso em: 6 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra decide em mandados de segurança contra divisão de sanções no impeachment. **Notícias STF**. Brasília, 8 set. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2cGcltH>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Goldberg v. Kelly**, 397 U.S. 254. Washington, 23 de março de 1970. Disponível em: <<http://bit.ly/2c1us98>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.**, 59 U.S. 272. Washington, 19 de fevereiro de 1856. Disponível em: <<http://bit.ly/29J7u5k>>. Acesso em: 6 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Nixon v. United States**, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993. Disponível em: <<http://bit.ly/2bWSNzz>>. Acesso em: 8 set. 2017.

U.S. SUPREME COURT. **Powell v. McCormack**, 395 U.S. 486. Washington, 16 de junho de 1969. Disponível em: <<http://bit.ly/2cwxl0X>>. Acesso em: 8 set. 2017.