

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.265 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
IMPTE.(S) : **RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES**
ADV.(A/S) : **PRISCILLA SODRE PEREIRA**
IMPDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, impetrado pelo Senador da República RANDOLPH FREDERICH RODRIGUES ALVES contra ato a ser praticado pelo PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, que, segundo o impetrante, deixará de observar o art. 53, § 2º, da Constituição da República, ao deliberar, por votação secreta, sobre o relaxamento das cautelares impostas ao Senador AÉCIO NEVES, na próxima terça-feira, 17/10/2017.

Sobre a causa, o impetrante traz os seguintes fatos e argumentos: a) a autoridade coatora deu declarações à imprensa, noticiando que pretende seguir o regimento e a Constituição, e respeitar e proclamar o resultado livre do plenário, que é soberano, é meu dever como presidente (do Senado)'(fl. 2); b) a Resolução do Senado Federal 93, de 1970, prevê, em seu art. 291, I, "c", que a votação deve se dar de modo secreto – em afronta à atual redação do art. 53, § 3º, da CF/1988 (alterado pela Emenda Constitucional 35 de 2001); c) o voto aberto consubstancia-se na vontade objetiva da Constituição, pois a supressão do vocábulo "secreto" pela Emenda Constitucional 35 de 2001 teve o objetivo único e específico de tornar aberta a votação em tal hipótese, sendo evidente que nem mesmo uma suposta deliberação de lideranças poderia suplantar esse novel regime constitucional acerca da matéria (fl. 10); d) não há como entender diferentemente, na medida em que, em reverência ao princípio republicano, no tocante às votações no seio do Parlamento, o silêncio da Lei Maior somente pode ser interpretado como compulsoriedade de "votação aberta", sendo que as hipóteses de "votação secreta", justamente por serem exceção àquele princípio, é que devem estar claramente especificadas (fl. 10); (e) o Ministro Edson Fachin, no Mandado de Segurança preventivo 33.908, deferiu medida liminar para impedir a votação

MS 35265 MC / DF

secreta no caso que envolveu relaxamento da prisão do então Senador Delcídio do Amaral (fl. 12); (f) impõe-se a declaração incidental da inconstitucionalidade do disposto no art. 291, I, "c", da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970, tendo em vista o previsto no art. 53, § 2º, da Carta Magna (fl. 13). Postula a concessão de medida liminar para DETERMINAR-SE à autoridade coatora que se ABSTENHA de proceder à deliberação secreta quanto à suspensão de medida cautelar decidida por Esse Tribunal, com vistas a eventualmente, no caso concreto, restabelecer o mandato parlamentar do Sr. Senador Aécio Neves. Em outros termos, que tal deliberação só se dê pela maioria absoluta do Senado Federal, em votação ostensiva e nominal (fl. 14). Ao final, requer a confirmação da liminar, de modo a tornar sem efeito, por nulidade, qualquer deliberação levada, 'in casu', a efeito, de modo sigiloso; e a declaração incidental da inconstitucionalidade do disposto no art. 291, I, "c", da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970, tendo em vista o previsto no art. 53, § 2º, da Carta Magna (fl. 15).

É o breve relatório. DECIDO.

Conforme afirmei em votação na ADI 5526, o Estado de Direito trouxe o equilíbrio entre os poderes e a vitória da racionalidade e juridicidade sobre a ideia da mera vingança emotiva, populista e imediata, exigindo-se o devido processo legal para a aplicação de graves sanções, entre elas a decretação da privação de liberdade e suspensão, ainda que cautelar e provisória, de mandatos eletivos e, conseqüentemente, do livre e pleno exercício dos direitos políticos de membros de um Poder de Estado.

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e as pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra afastamentos ou prisões arbitrárias e processos temerários. Essas imunidades, como

destacado por PAOLO BISCARETTI, não dizem respeito à figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais (*Introduzione al diritto costituzionale comparato*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1970, pp. 303-305).

JOSPEH BASSETTI, eminente professor americano de ciência política e estudioso da CORTE SUPREMA, salienta que a “*Constituição não é meramente o que a Corte Suprema diz que ela é e nem mesmo o que cada geração de norte-americanos diz que ela é. É também um conjunto de instituições políticas que incorpora em sua estrutura e em seu funcionamento princípios duradouros de governo popular são*” (*A Constituição norte americana. capitalismo/democracia*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1986, p. 306).

Nesse sentido, portanto, a **votação ostensiva e nominal** dos representantes do povo, salvo raríssimas exceções em que a própria independência e liberdade do Congresso Nacional estarão em jogo, é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do artigo 1º e no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática, pois a Democracia somente surge, como ensinado por CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a partir de verdadeiro “*processo de democratização*”, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural.

O princípio da publicidade consagrado constitucionalmente somente poderá ser excepcionado quando o interesse público assim determinar, pois **o eleitor tem o direito de pleno e absoluto conhecimento dos posicionamentos de seus representantes**.

Esse *processo de democratização* somente estará sendo respeitado e aprimorado se houver possibilidade de o eleitorado fiscalizar a atuação dos parlamentares na votação de importantes questões, como o impedimento da mais alta autoridade do Poder Executivo (*impeachment*) e **dos próprios parlamentares**, evitando-se, assim, incompatibilidade frontal e absurda entre o *senso deliberativo da Comunidade* e eventuais

MS 35265 MC / DF

conluio político-partidário, pois, como salientado por ALEXANDER HAMILTON, nos artigos Federalistas, *“o princípio republicano requer que o senso deliberado da comunidade governe a conduta daqueles a quem ela confia a administração de seus assuntos”*.

Diferentemente do eleitor, que necessita do sigilo de seu voto como garantia de liberdade na escolha de seus representantes, sem possibilidade de pressões anteriores ou posteriores ao pleito eleitoral, os deputados e senadores são mandatários do povo e devem observar total transparência em sua atuação, para que a publicidade de seus votos possa ser analisada, refletida e ponderada pela sociedade nas futuras eleições, no exercício pleno da cidadania.

Trata-se de posicionamento sempre defendido pelo eminente professor PAULO BONAVIDES, ao apontar a constitucionalidade material do voto aberto no inciso II do artigo 1º da Constituição, por ser, como afirmado pelo mestre, *“a cidadania um dos fundamentos da República Federativa do Brasil”* e não existir cidadania na *“escuridão do voto secreto”*.

A *votação aberta*, além de consagrar o respeito ao princípio republicano, respeita integralmente a independência parlamentar, cujo integrante poderá livremente se posicionar, a partir de sua consciência e da Constituição Federal, refutando-se qualquer insinuação de incompatibilidade entre a votação aberta e a liberdade parlamentar, pois, como lembrado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, em defesa do voto aberto à época do *Impeachment*: *“recuso-me admitir que os ilustres Deputados Federais, representantes da Nação, no instante de desempenhar tão extraordinária função, qual seja, autorizar o processo por crime de responsabilidade do Presidente da República, possam se submeter à coação do Governo ou do povo, como se afirma em acesa polêmica da imprensa escrita, deixando, ao contrário, de deliberar, como é de seu fundamental dever, de acordo com a consciência e a visão dos interesses e destinos superiores da Pátria”* (STF, MS 21.564/DF).

Dessa forma, exige-se do Poder Legislativo, no exercício de sua função de fiscalização, seja do chefe do Executivo, **seja de seus próprios pares**, integral respeito à **transparência, lisura e publicidade** nos

processos e julgamentos, **adotando-se o voto aberto**, para reafirmar-se a efetividade do princípio republicano da soberania popular – que proclama todo o poder emanar do povo – e garantindo-se a participação popular nos negócios políticos do Estado como condição inafastável da perpetuidade da Democracia.

Não por outro motivo, a Constituição Federal consagra no *caput* de seu artigo 53 verdadeira *cláusula de inviolabilidade parlamentar*, impedindo-os que possam ser processados civil ou criminalmente por suas palavras, votos e opiniões proferidos no exercício do mandato, e, com isso, possam ter plena e total liberdade de atuação em momentos cruciais nas crises republicanas.

Não há liberdade sem responsabilidade, o que EXIGE nos votos dos parlamentares a absoluta necessidade de prestação de contas a todos os eleitores.

A EC 35/01, portanto, revogou corretamente a previsão existente na redação constitucional original que exigia “*voto secreto*” para deliberação sobre a prisão do parlamentar – *igualmente aplicável na presente hipótese de aplicação de medidas cautelares que, direta ou indiretamente impliquem cerceamento do mandato parlamentar* –, pois a **votação ABERTA, ostensiva e nominal**, no julgamento de condutas dos agentes políticos é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1º e no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática.

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison *versus* Marbury (1803 – US Court – 137), em que o Juiz Presidente Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei e atos normativos. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer ato editado pelos órgãos estatais, *inclusive os de efeitos concretos*, como realizada por aquela Corte desde os primórdios desse mecanismo (*Little v. Barreme*, 1804), como demonstra o exemplo clássico

MS 35265 MC / DF

de revogação de uma deliberação presidencial, no caso *ex parte* Milligan (1866), quando decidiu que o Presidente Lincoln não possuía competência para suspender a ordem de *habeas corpus* em relação aos presos militares.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação (RUY BARBOSA. *Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa 7, 1893. p. 96); exatamente como na hipótese tratada, onde o pedido incidental diz respeito a não recepção da art. 291, I, "c", da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970, perante a redação atual do §2º, do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, a partir da nova redação da EC 35/01, a votação deverá ser **aberta, ostensiva e nominal**, não havendo dúvidas, portanto, sobre a *não recepção* do art. 291, I, "c", da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970, por incompatibilidade com o texto do § 2º do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Diante de todo o exposto, presentes os requisitos essenciais do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, decreto a NÃO RECEPÇÃO do artigo 291, I, "c", da Resolução do Senado Federal 93, de 1970, e, LIMINARMENTE, determino ao Presidente do Senado Federal a integral aplicação do § 2º, do artigo 53 da Constituição da República Federativa do Brasil, com a realização de votação aberta, ostensiva e nominal em relação as medidas cautelares aplicadas pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal ao Senador da República Aécio Neves.

Publique-se.

MS 35265 MC / DF

Proceda-se imediatamente à intimação pessoal do Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal. Na sequência, intinem-se as partes e a Procuradoria-Geral da República, para manifestação.

Brasília, 17 de outubro de 2017.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente