

PARECER

Consulente: Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

Assunto: Crime de Responsabilidade do Presidente da República – Viabilidade jurídica do processo – Exercício da função por oito anos – Acusação de ação ou omissão culposa – Garantia do devido processo legal.

CONSULTA

Por intermédio de seu Presidente, Dr. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, honra-nos o centenário e consagrado Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, com a solicitação da emissão de parecer, a respeito da viabilidade jurídica da abertura de investigação, visando à cassação do mandato do Presidente da República, nos termos dos artigos 85 e 86 da Constituição Federal.

Para o melhor esclarecimento do assunto, o IASP formula os quesitos que se seguem:

1. Há norma constitucional ou infraconstitucional que impeça o Presidente da República ser investigado enquanto estiver no exercício do seu mandato?
2. Pode o Presidente da República, na vigência de seu mandato, ser responsabilizado por ato praticado no exercício de suas funções?

3. Se positiva a resposta ao quesito anterior, incidiria a regra geral de responsabilidade civil, que considera tanto a ação, quanto a omissão?

4. Na hipótese de reeleição do Presidente da República para mandato subsequente, pode haver responsabilização por ato praticado no exercício da função em mandato anterior?

PARECER

I – A consulta: objeto e limites

Não obstante as indagações sejam feitas em tese, não há como dissociá-las de circunstâncias do momento atual, como, por exemplo, a superveniente possibilidade de reeleição, sobre cujas decorrências, no tocante à responsabilidade, não há coisa julgada ou mesmo jurisprudência consolidada. Assim, o assunto será examinado primordialmente em tese, numa abordagem rigorosamente jurídica, atemporal e impessoal, fazendo menção a circunstâncias de ordem fática apenas na medida em que isso for estritamente necessário.

Em resumo, o estudo que passa a ser desenvolvido visa encontrar, com a máxima possível isenção, resposta, juridicamente sustentável, para uma indagação fundamental: em face do texto constitucional em vigor, e diante dos fatos, intensamente divulgados pela imprensa, sobre irregularidades ocorridas, no âmbito do Governo Federal, ao longo dos anos, há, ou não há, viabilidade jurídica para a abertura de processo de cassação do mandato da atual ocupante do cargo de Presidente da República?

Note-se, todavia, como salientou o próprio consultante, IASP, em publicação feita na imprensa: *"Investigar, nos limites da lei, não significa atribuir culpa, tampouco condenar"*. Portanto, o presente estudo se limita a estudar a possibilidade jurídica da eventual abertura de um possível processo

de cassação de mandato, no qual as circunstâncias do caso específico serão investigadas, podendo resultar, ou não, na aplicação dessa penalidade.

Na imprensa e na linguagem popular, esse processo costuma ser designado como “impeachment”, mas na Constituição Federal (Art. 85) figura como “crime de responsabilidade”. Porém, o uso, no texto constitucional, do vocábulo “crime” tem ensejado uma infinidade de interpretações e questionamentos, levando a doutrina a se aprofundar no estudo das origens desse instituto, para solucionar problemas atuais.

Este estudo, todavia, não se confunde com um trabalho acadêmico e, por essa razão, não vai se aprofundar nessas discussões, e não vai contestar opiniões eventualmente divergentes, mas vai, sim, tentar responder, da maneira mais objetiva possível, ao que foi especificamente perguntado.

II – Introdução

A utilização corrente da denominação impeachment tem sua razão de ser. Quando da instauração da República, no Brasil, os primeiros constituintes adotaram a estrutura de estado e o sistema de governo dos Estados Unidos da América, tendo, portanto, adotado o presidencialismo e, também, a forma de se promover a responsabilidade do Presidente da República, por meio do processo lá designado como impeachment.

O significado do impeachment, e do nosso processo de cassação de mandato, em decorrência de acusação de cometimento de crime de responsabilidade, foi sintetizado, com extrema felicidade e enorme clareza (inclusive com a diferenciação entre crime comum e crime de responsabilidade), pelo Ex-Ministro do Superior Tribunal Militar, Flávio Bierrenbach, em artigo publicado na imprensa, do qual se transcrevem algumas breves passagens, as quais permitem uma visão panorâmica do

assunto, que será examinado, em seguida, com maior detalhamento, no presente estudo:

“O impeachment, portanto, não constitui sanção, pena ou castigo para atos reprováveis da presidente da República que sejam considerados atentatórios à Constituição ou às leis do País, especialmente diante da lei n. 1.079, de 1950, que define os crimes de responsabilidade. O impeachment é, antes, o processo em si, do qual poderá resultar – ou não – a aplicação de uma única penalidade: a desqualificação funcional, que consistirá na perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública.”

“A inépcia, a inércia, a incompetência, a antipatia, a arrogância, não são delitos. Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas.”

“Se nos crimes comuns a presidente da República seria submetida a julgamento perante a Suprema Corte, já nos crimes de responsabilidade, como decorrência de sua intrínseca natureza política, será julgada pelo Senado Federal, que se transformará em tribunal de colegialidade heterogênea, conduzido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal.”

Flávio Flores da Cunha Bierrenbach,
“Impeachment”, Diário do Poder, Brasília, 13/02/15.

Como se pode notar, o gênero “crime”, no que se refere ao Presidente da República, comporta duas espécies: “comum” e “de responsabilidade”. Em ambos os casos há participação do Poder Legislativo no processo, mas de maneira diferente. Nos termos do Art. 51 da Constituição Federal, compete à Câmara dos Deputados “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente da República”, tanto nos crimes comuns, quanto de responsabilidade. Já ao Senado, o Art. 52 não atribuiu qualquer competência no tocante ao crime comum, mas lhe conferiu papel primordial no tocante aos crimes de responsabilidade, pois, nesse caso, compete ao Senado Federal “processar e julgar o Presidente”, ou seja: decidir o processo de cassação, cuja abertura foi apenas autorizada pela Câmara.

Feita essa primeira distinção, nesta parte introdutória, é forçoso que se faça uma nova distinção entre as diferentes consequências decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, que podem configurar crime comum (infração penal) e crime de responsabilidade (infração político administrativa) e uma terceira espécie de infração delineada pelo §4º, do Art. 37, da Constituição Federal, que se transcrevem:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...
“§4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Comportamentos tipificados como atos de improbidade administrativa, por diferentes leis, podem gerar diferentes responsabilidades e são julgados em diferentes tribunais. Para afastar, de vez, do âmbito deste estudo, esta terceira específica modalidade de responsabilidade, prevista nos dispositivos constitucionais supra mencionados, basta apenas a transcrição de uma objetiva manifestação doutrinária, comentando a Lei de Improbidade Administrativa - LIA, Lei nº 8.429, de 02/06/92:

“A responsabilidade pela improbidade administrativa não se confunde com a pela prática do ilícito penal. Diversamente, ela é um amálgama de natureza cível e administrativa (porque relacionada com a administração do Estado). Para ter natureza penal teria que haver crime previsto em lei penal e apenado com reclusão ou detenção (embora modernamente existam outras penas criminais), onde se obedecessem todos os requisitos do direito e do processo penal. Na improbidade administrativa, tem-se uma punição não a título penal (embora haja previsão de um tipo penal na LIA), com o

clássico esquema da previsão de pena imposta ao fim do processo penal, mas a imposição de outras sanções que não têm natureza penal, tais como a suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento do dano, perda da função pública, multa em valor multiplicado pelo valor do dano ou outro etc. Ademais, a improbidade administrativa é apurada em ação civil pública, não se aplicando a ela as normas processuais penais.”

“O seu caráter constitucional mais relevante ou preponderante é o ressarcitório. Essa é a razão pela qual existe um dispositivo somente para preceituar que o ressarcimento do dano nunca prescreve (CF, art. 37, §5º). Pela leitura constitucional sistemática, não há como se negar que a sua natureza é predominantemente civil. Sua prioridade é proteger o Erário, evitando a cultura do patrimonialismo.”

EDUARDO FORTUNATO BIM, “A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (Impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas”, *in* Revista de Direito do Estado, n. 5, janeiro/março de 2007, Editora Renovar, Rio de Janeiro, p. 222/223.

Feitos estes primeiros esclarecimentos, identificado com mais clareza o objeto deste estudo, pode-se, agora, passar à interpretação das normas que disciplinam o processo de cassação do mandato presidencial, no âmbito do Poder Legislativo, pela prática de crime de responsabilidade.

III – Interpretação das normas jurídicas

Primeiramente, convém deixar claro que divergências na interpretação das leis são naturais e inevitáveis. As normas jurídicas comportam uma pluralidade de interpretações. Diferentes juristas, partindo de diferentes premissas e valorando de maneira diferenciada determinados princípios jurídicos, podem dar à mesma norma interpretações totalmente divergentes. Um parecer jurídico é um trabalho técnico destinado a estudar

uma questão controvertida e apresentar, fundadamente, a melhor solução cabível, a juízo do seu signatário.

O acatamento conferido a um determinado parecer vai depender, em parte, da confiabilidade de seu signatário, mas, em parte mais relevante, da consistência e coerência dos argumentos que sustentam a conclusão. Daí a necessidade de extremado rigor no exame das normas que afetam a questão em debate, cuja interpretação deverá ser feita considerando o contexto em que estão necessariamente inseridas.

Deve o parecerista buscar a maior isenção possível, não obstante na interpretação e aplicação das normas jurídicas exista sempre um componente pessoal, conforme salienta o Ministro Roberto Barroso:

“A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu.”

LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 276.

A melhor interpretação (entre as diversas interpretações possíveis) será sempre aquela que tributar maior acatamento aos princípios jurídicos albergados no sistema normativo. O princípio, por sua importância,

serve exatamente para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma. Na ausência de norma específica, o princípio condiciona ou determina, diretamente, a atuação do agente da administração.

Seja permitido transcrever aqui alguns apontamentos feitos por GERALDO ATALIBA, em sua notável monografia sobre "República e Constituição" (RT, São Paulo, 1985, págs. 5 e segs.) a respeito do valor da noção de princípio:

"Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências."

Fiel a essa valiosa orientação e na busca da maior isenção possível, o presente estudo terá como alicerce os princípios jurídicos aplicáveis ao caso. Convém, entretanto, esclarecer que não se buscará fundamento nos longínquos e vagos princípios gerais de direito ou da teoria geral do direito, mas, sim, em princípios já positivados; já fixados em normas do direito brasileiro.

Além disso, por se tratar de questão eminentemente de ordem constitucional, os vetores interpretativos aqui utilizados serão, como não poderia deixar de ser, os princípios constitucionais, dado que nestes já estão contidas as opções ideológicas fundamentais do sistema jurídico, que devem ser fielmente acatadas pelo intérprete, sejam quais forem suas opções pessoais.

Sobre a posição sobranceira das opções axiológicas contidas nos princípios jurídicos constitucionais, assim se manifestou a Ministra Carmen Lúcia:

“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

Os princípios constitucionais são predeterminantes do regramento jurídico. As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado.

Princípios jurídicos constitucionais não se propõem; proclamam-se. Não se cuida de propostas. São opções constituintes projetadas no sistema constitucional expressa ou implicitamente. E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles - ou, antes, demonstram - a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas.”

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “Princípios Constitucionais da Administração Pública”, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 25.

É preciso não esquecer, todavia, que a Constituição Federal consagra diversos princípios, que convivem no sistema, mas que não estão, todos eles, na mesma posição hierárquica. Não por acaso, o Título I da Constituição tem como designação “Dos Princípios Fundamentais”, atribuindo a estes a máxima positividade e determinando que os outros sejam interpretados em conformidade com estes, qualificados como fundamentais.

Em síntese, não pode o intérprete aferrar-se a um princípio constitucional, ignorando os demais, pois o texto constitucional contém um conjunto hierarquizado e harmônico de princípios, conforme salienta Roque Carrazza, em seu “Curso de Direito Constitucional Tributário” (Malheiros, São Paulo, 6ª edição, 1994, pág. 30):

“Resulta do exposto que um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele -- até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) -- se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância.”

“Realmente, mesmo sem detenções maiores, nota-se que o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É precisamente sob este imenso arcabouço, onde sobrelevam os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas”.

Esta digressão, sobre os princípios, é necessária e indispensável quando se trata do estudo de questões de alta relevância política, para deixar fora de qualquer dúvida o caráter eminentemente jurídico do trabalho interpretativo. Daí porque a insistência na importância dos princípios e de sua característica de estarem inseridos em um sistema jurídico.

Difícilmente alguém poderia ser mais enfático, quanto a isso, do que o Ministro Eros Grau, em sua advertência no sentido de que não se interpreta o direito em tiras:

“Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito, e não textos isolados, desprendidos do direito.”

Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo.

Santi Romano [1964:211] insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular (texto, e não norma – insisto), mas de uma lei ou uma norma que é considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico; o que significa que o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, o texto singular. Hermann Heller [1977:274], por outro lado, observa que o preceito jurídico particular somente pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, quando se parta da totalidade da Constituição política. A propósito, diz Geraldo Ataliba [1970:373]: ‘(...) nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente’.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.

Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio [1960:3] – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.

A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o lingüístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto lingüístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional”.

EROS ROBERTO GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.* São Paulo: Malheiros, 2002. p.113.(negritamos)

A interpretação isolada de um dispositivo legal ou constitucional pode levar a conclusões conflitantes. É normal, no exercício da advocacia, que

cada advogado, de cada uma das partes, procure a interpretação mais favorável ao seu cliente, cabendo ao juiz decidir sobre qual delas seria a melhor das interpretações.

Essa busca (da melhor interpretação) é dever elementar do doutrinador, jurista ou consultor jurídico, que não pode adotar interpretações de encomenda, ditadas por interesses outros que não a fidelidade ao sistema jurídico, mas que, fundamentalmente, devem estar harmonizadas, de maneira coerente, com outras interpretações adotadas ao longo do tempo, formando uma linha de pensamento.

Por essa razão, neste estudo, são reproduzidos textos que evidenciam posicionamentos adotados pelo autor, em datas e situações bem distantes dos acontecimentos que ensejaram a solicitação deste parecer.

IV – Poder e responsabilidade

Há mais de vinte anos, em trabalho publicado, o signatário do presente estudo já sustentava a absoluta inerência entre poder e responsabilidade, no sistema republicano:

“Ao se abordar o tema do crime de responsabilidade, é preciso deixar claro, antes de mais nada, que a responsabilidade, é algo elementar ao sistema republicano, adotado em nossa Constituição, e reafirmado em consulta plebiscitária.

Em sistemas outros, como a monarquia, conforme já ocorreu no Brasil quando vigente a Constituição do Império, de 1824, pode-se adotar a regra de que o rei não erra, de que o rei é irresponsável.

No regime republicano, que é baseado na igualdade entre as pessoas, todo governante governa, por força de uma outorga dos governados, dos iguais. O governante não é alguém immanentemente mais importante ou diferente dos cidadãos. Todo e qualquer governante é um cidadão que foi investido numa

função de comando. Esse governante continua sendo um cidadão, um igual, que recebeu um mandato para desempenhar uma determinada função. E se não for fiel ao mandato recebido pode ser responsabilizado, pode ser apeado do poder.”

ADILSON ABREU DALLARI, “Crime de responsabilidade não é infração penal”, *in* Revista de Direito Administrativo Aplicado, vol.4, p.49 a 56, Curitiba, março de 1995

Pode-se afirmar, portanto, com total segurança, que a eventual cassação do mandato presidencial, pela condenação em processo pelo cometimento de crime de responsabilidade, nada tem de estranho, aberrante ou conflitante com a soberania popular. Ao contrário, é uma forma usual, normal, de controle do exercício do poder, inerente ao sistema republicano.

Anormal, aberrante, incoerente e despropositada seria, ao contrário, a ausência de previsão, no texto constitucional, da possibilidade de responsabilização do ocupante do cargo de Presidente da República.

Uma simples referência à Constituição Política do Império do Brasil, feita em outro trabalho já publicado em época distante dos acontecimentos atuais, confirma a convicção do autor na tese sustentada neste estudo:

“Por expressa disposição do art. 99 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a figura do Imperador era inviolável e sagrada, “ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. No sistema republicano é elementar a existência de controles sobre quem quer que exerça uma parcela de poder público, pois ninguém tem imunidade. A República, por mais paradoxal que pareça, é o governo dos iguais. Quem governa não é imanentemente diferente dos governados; o governante é um igual a quem o conjunto dos iguais conferiu esse poder/dever; motivo pelo qual os atos praticados pelo governante sempre devem ser justificados, podem ser controlados e podem ensejar responsabilidades.

ADILSON ABREU DALLARI, “Autonomia e Responsabilidade do Ministério Público”, *in* Ministério Público – Reflexões sobre princípios e funções institucionais, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Organizador, Editora Atlas, São Paulo, 2010, p. 50.

Fique perfeitamente claro, portanto, que não há qualquer ofensa ao princípio democrático republicano da soberania popular, quando representantes do povo cassam o mandato de outro representante do povo, pois foi o próprio povo que assim estabeleceu essa possibilidade, quando da edição de sua Carta Magna, e foi o próprio povo que, pelo voto direto, confirmou essa opção, no plebiscito realizado em 21 de abril de 1993.

O Presidente da República não é um Imperador temporário. A ele não se aplica o Art. 99 da Constituição Imperial, mas, sim, a regra geral da responsabilidade inerente a qualquer cidadão que estiver, temporariamente, no exercício de qualquer parcela do Poder Público.

V – Crime de responsabilidade não é infração penal

Tendo ficado claro que a cassação do mandato popular é algo elementar ao sistema republicano, cabe agora examinar o regime jurídico desse instituto, para melhor caracterizar sua natureza jurídica, ou, mais precisamente, para identificar a espécie de infração que enseja essa modalidade de punição.

Novamente, convém reproduzir um texto vetusto:

“A Constituição Federal de 1988 evidencia, claramente, que crime de responsabilidade não é e não se confunde com infração penal. Quando cuida de crime de responsabilidade do Presidente da República a Constituição faz uma distinção muito clara entre crime de responsabilidade e crime comum (infração penal).

Crime comum do Presidente da República é julgado pelo Supremo Tribunal Federal; por um órgão do Poder Judiciário. Crime de responsabilidade do Presidente da República é julgado pelo Senado Federal, não pelo Poder Judiciário, porque não se trata de crime no sentido penal, porque não é uma

infração penal. Crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa.”

ADILSONABREU DALLARI, “Crime de responsabilidade não é infração penal”, in Revista de Direito Administrativo Aplicado, vol. 4, p. 49 a 56, Curitiba, março de 1995.

Essa distinção singela foi transcrita apenas para testemunhar a isenção do presente estudo. A mais detalhada e mais consistente diferenciação entre infração penal e infração administrativa, demonstrando as peculiaridades do regime jurídico de apuração e da natureza da correspondente sanção, foi feita por Rafael Munhoz de Mello:

“Tendo sido estabelecido que não há diferença qualitativa ou quantitativa entre ilícito administrativo e ilícito penal, cuja criação depende unicamente de um juízo político do legislador, é preciso que se estabeleça uma distinção entre os dois tipos de ilícito com base em critério formal, fundado na análise do regime jurídico de cada qual.

Como visto acima, o legislador goza de ampla liberdade para determinar se um comportamento será tipificado como crime ou como infração administrativa. Mas a escolha feita pelo legislador tem uma relevante consequência. De fato, ao tipificar uma conduta como ilícito penal, o legislador atribui à prática de tal comportamento uma sanção penal, submetendo o infrator a um determinado regime jurídico. Se o legislador tipifica a conduta como infração administrativa, por outro lado, a prática do ilícito dará ensejo à aplicação de uma sanção administrativa, cujo regime jurídico é o distinto do que disciplina a aplicação da sanção penal.

A definição do tipo de ilícito – é dizer, se penal ou administrativo – implica a escolha de um tipo de sanção e, de consequência, a escolha de um regime jurídico. Ao ilícito penal corresponde uma sanção penal, ao ilícito administrativo corresponde uma sanção administrativa; à sanção penal corresponde um regime jurídico; à administrativa corresponde outro.”

RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, “Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador”, coleção Temas de Direito Administrativo 17, Malheiros Editores, 2007, p. 60.

Qual a razão da insistência nessa distinção? É simples: excluir do exame do regime jurídico do processo de cassação do mandato, qualquer aplicação indevida de preceitos do Código Penal ou do Código de Processo Penal.

Permita-se, para encerrar esta discussão, mais uma transcrição do mesmo texto escrito há mais de vinte anos:

“Crime de responsabilidade não é crime; crime de responsabilidade é infração político-administrativa, e, por isso, deve ter um julgamento de natureza política, por um órgão político. Quem julga crime de responsabilidade, infração político-administrativa, não é o Poder Judiciário; é um órgão político, é o Poder Legislativo.”

ADILSON ABREU DALLARI, “Crime de responsabilidade não é infração penal”, *in* Revista de Direito Administrativo Aplicado, vol. 4, p. 49 a 56, Curitiba, março de 1995

Porém, não se infira, indevidamente, que, por se tratar de infração político-administrativa, julgada pelo Poder Legislativo, isso poderia levar a um linchamento político, no qual poderiam ser desprezadas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, asseguradas pelos incisos LIV e LV da Constituição Federal:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Em trabalho elaborado, na confortável e honrosa companhia de Sérgio Ferraz, sobre o processo administrativo, examinamos os princípios afirmados pela Lei nº 9.784, de 29/01/99 (conhecida como Lei de Processo

Administrativo), mas decidimos não incluir entre os princípios, dessa Lei, o devido processo legal e a ampla defesa; exatamente por entender que eles antecedem essa específica lei, e se aplicam a qualquer processo disciplinar ou punitivo, por sua índole de garantia constitucional. Coerentemente, extraímos daí a consequência de que a mencionada Lei nº 9.784/99 tem o caráter de norma geral de processo administrativo, por ser uma simples especificação, em normas, daquilo que já está contido na Constituição Federal e invocamos, para sustentar nosso posicionamento, o magistério do Ministro Celso de Mello:

“A garantia do devido processo legal compreende uma série de direitos, deveres e responsabilidades, conforme muito bem observou o Professor e Ministro Celso de Mello, dizendo que ele, em síntese, visa a “garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-la sob imediata proteção da lei”, abrangendo, entre outros, “os seguintes direitos: (a) direito à citação e ao conhecimento de teor da peça acusatória; (b) direito a um rápido e público julgamento; (c) direitos ao arrolamento de testemunhas e à notificação destas para comparecimento perante os tribunais; (d) direito ao procedimento contraditório; (e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis editadas ex post facto; (f) direito à plena igualdade com acusação; (g) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas ou ilegítimamente produzidas; (h) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; (i) privilégio contra a autoincriminação; (j) direito de não ser subtraído ao seu juiz natural”.

SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, *Processo Administrativo*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 82.

Por ser um processo punitivo, o processo de cassação do mandato, para apuração de infração político administrativa, deve observar as garantias constitucionais decorrentes dos incisos LIV e LV do Art. 5º, de maneira a assegurar sua eficácia, mas sem o rigorismo da legislação, da jurisprudência e da doutrina do direito penal e do direito processual penal.

Numa visão estritamente jurídica, é preciso salientar que, enquanto o processo penal busca a verdade processual, o processo administrativo está totalmente dirigido à busca da verdade material. A tábua de salvação dos penalmente acusados costuma ser alguma nulidade formal ou a insuficiência de provas. No processo administrativo, entretanto, eventuais vícios podem ser relevados, corrigidos ou convalidados, e é dever da autoridade processante buscar provas para chegar à verdade material. Com muito maior razão estas características devem estar presentes no processo político administrativo voltado para a apuração de crime de responsabilidade.

Certamente um dos requisitos desse processo político administrativo especial é a tipicidade, que também decorre diretamente da Constituição Federal (Art. 5º, inciso XXXIX), mas que deve ser aplicado de maneira consentânea com o caráter político-administrativo desse processo. Dado o elevadíssimo grau de discricionariedade das ações e decisões políticas, não é possível a exigência de um ajustamento milimétrico ao tipo, nem do elevado nível de prova requerido para as sanções penais. Basta uma compatibilidade razoável com o tipo e um conjunto de circunstâncias que indiquem a ocorrência de comportamento delituoso.

Uma particularidade talvez demonstre a necessidade de distinção entre diferentes modalidades de processos, em diferentes sedes de julgamento. Um princípio geral de direito inquestionável é o da imparcialidade do julgador. Fiel a esse princípio, no processo de impeachment da constituição norte americana, os julgadores devem fazer um juramento de imparcialidade. Isso não tem sentido algum no Brasil.

Com efeito, os cargos eletivos, no Brasil, somente são acessíveis a quem estiver filiado a um partido político. Partido, como o nome indica, é parte, segmento, fração. Obviamente, não faz sentido, no Brasil, nem exigir um juramento de imparcialidade, nem excluir do corpo de julgadores quem fosse de algum partido de oposição ao Presidente da República, pois

isso tornaria letra morta o princípio constitucional da responsabilidade dos governantes, que deve orientar a interpretação e aplicação das normas sobre o processo de cassação do mandato presidencial.

VI – Disciplina constitucional da responsabilidade

Feitas as observações sobre a essencialidade do respeito ao princípio do devido processo legal, pode-se, agora, passar ao exame das específicas normas constitucionais aplicáveis ao processo de cassação do mandato presidencial pelo cometimento de crime de responsabilidade.

Porém, antes, cabe alertar para mais uma advertência doutrinária de suma importância, a respeito da hierarquia dos princípios e normas constitucionais, conforme já foi acima salientado, mas que, agora, dada a sua extrema relevância para a fundamentação a ser adiante desenvolvida, se reitera com maior detalhamento e maior precisão:

“Ou seja, uma Constituição, da mesma forma que o ordenamento jurídico de modo geral, também conhece a estrutura da ordem escalonada, não estando todas as suas normas postas horizontalmente uma ao lado da outra, mas verticalmente, umas com força relevante sobre outras. Concebê-la, pois, sem escalonamento seria implodir aquele articulado, tornando-a destituída de unidade orgânica. Perdendo-se a unidade, perder-se-ia a dimensão da certeza, o que faria da Constituição um instrumento de arbítrio, por força do aparecimento descontrolado de antinomias.

*A noção de hierarquia, que conduz à aplicação de esquemas interpretativos como a regra da superioridade e da especialidade, donde **a possibilidade de interpretação restritiva de certas normas e extensiva de outras**, já teve menos alcance na hermenêutica constitucional (cf. Silveira, 1968, v. I, p. 222). À medida, porém, que constituições passam a ser concebidas não como um complexo compacto e indiferenciado de normas, mas, ao contrário, como complexidade quantitativas e qualitativamente crescente de disposições (princípios, regras de organização, normas programáticas etc.), começam elas a ser vistas como um sistema de normas coordenadas e inter-relacionadas que*

se condicionam reciprocamente (Silva, 1968, p. 37), tornando-se inevitável o recurso ao escalonamento e suas consequências analíticas (Engisch, 1968, p. 157).”
(negritamos)

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR, “Direito Constitucional”, Editora Manole, Barueri, 2007, p. 04/05.

Conforme já foi dito, a designação do Título I da Constituição Federal, qualifica certos princípios como fundamentais, ou seja, superiores aos demais e condicionantes da interpretação de outros princípio e das simples normas em geral. Vale a pena transcrevê-los:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A primeira palavra da Constituição é “República”, exacerbando a relevância do princípio republicano, com a inerência da responsabilidade dos governantes. O parágrafo único do primeiro artigo afirma o princípio representativo, que vale como regra geral, reservando-se a manifestação direta da vontade do povo para casos específicos. Os representantes falam pelo povo, que lhes outorgou tal condição e lhes conferiu tal prerrogativa.

Ainda nesse primeiro artigo, merece destaque o princípio democrático, umbilicalmente ligado à responsabilidade dos governantes, conforme a enfática lição de José Afonso da Silva, que transcreve,

parcialmente, o magistério de Paulo Brossard, em reforço ao seu entendimento:

“Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. “Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercitar o governo devem responder pelo uso que dele fizerem, uma vez que ‘governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático.’”

JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Comentário Contextual à Constituição”, 9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2014, p. 497/498.

Não por acaso, o segundo artigo da Constituição afirma o princípio, também de altíssima relevância, normalmente designado como da separação de poderes:

“Art. 2º. “São poderes da União, independentes e harmônicos, entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Muito já se escreveu sobre esse tema, abordando-se diferentes aspectos de um princípio tão rico de emanções e decorrências. Todavia, tendo em vista os objetivos do presente estudo, é suficiente destacar um desses objetivos, conforme já salientado em artigo publicado há longo tempo:

“O objetivo fundamental da chamada teoria da separação de Poderes, ou, mais exatamente, da especificação das funções de cada Poder, é exatamente evitar o absolutismo, o exercício do Poder Público em termos absolutos, sem qualquer limitação, pois isso levaria inevitavelmente à tirania. Evidentemente, não se pode logicamente entender que a tripartição do Poder tenha tido como propósito criar três Poderes absolutamente autônomos e independentes, pois isso corresponderia, nada

mais nada menos, a triplicar a tirania. O objetivo fundamental dessa teoria é a criação de instrumentos de contenção do Poder, possibilitando que cada um dos Poderes controle cada um dos outros Poderes.”

ADILSON ABREU DALLARI, “Controle Compartilhado da Administração da Justiça”, *in Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, 07, out/dez. 2004, Editora Fórum, Belo Horizonte, p. 15.

A designação Poder Legislativo indica apenas uma das funções desse ramo do Poder, qual seja a legislativa. Mas o Legislativo exerce, também, funções de controle, tanto prévio como posterior, que são tão ou mais relevantes que a legislativa. Quando o Legislativo decide sobre a cassação de mandato, seja de seus integrantes, seja do Executivo, ele exerce uma função de controle que é caracteristicamente jurisdicional. Ou seja: o Legislativo julga, porque essa função lhe foi expressamente conferida pela Constituição, nada tendo de excepcional.

Com efeito, essa matéria é objeto de disciplina nos artigos 85 e 86 da Constituição Federal, que são transcritos em seguida, para que se possa ter uma visão de conjunto, e depois serão analisados, separadamente, quanto a suas especificidades:

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º - O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

Com relação ao Art. 85, observe-se que no “caput” ele afirma a regra geral da responsabilidade do Presidente da República, como derivação direta do princípio republicano, constante do Art. 1º. Em seguida, de maneira genérica, diz que são crimes de responsabilidade “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal”. Por último, faz uma especificação claramente exemplificativa (não exaustiva) de situações que são caracterizadas como atos atentatórios à Constituição.

O parágrafo único desse Art. 85 diz que os crimes nele previstos serão “definidos em lei especial”, mas é bom lembrar que tal lei ordinária não pode alterar ou restringir um mandamento constitucional. Ou seja: a lei ordinária não está adstrita à relação exemplificativa, mas pode abranger,

também, qualquer ato do Presidente que “*atente contra a Constituição Federal*”.

O Art. 86 dispõe sobre o processo a ser observado, nas duas casas do Congresso Nacional, nas acusações contra o Presidente da República. Tais disposições não ensejam maiores controvérsias, salvo o que consta do § 4º, segundo o qual “*O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.*” Tal dispositivo, enganosamente claro, exige especial atenção do intérprete.

Como é sabido, a interpretação literal de palavras, ou expressões isoladas, é demasiadamente pobre, insegura, levando com muita frequência a conclusões equivocadas. Muitas vezes a aparente “clareza” da lei é ilusória, conforme adverte o consagrado Carlos Maximiliano:

“- Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo.

Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida. Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções; logo o alcance de um artigo de lei se avalia confrontando-o com outros, isto é, com aplicar o processo sistemático de interpretação.”

CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.38.

No enganoso §4º, há duas questões elementares de hermenêutica que precisam ser lembradas: a) o parágrafo serve (entre outras coisas) para estabelecer exceções à regra geral contida no “caput”, como ocorre neste caso, pois a regra geral é a processabilidade do Presidente,

sendo a proibição aí contida, uma exceção à regra geral; b) exceções a regras gerais devem ter, sempre, interpretação restrita e, assim, em havendo dúvida interpretativa, não se pode privilegiar aquela que represente uma ampliação da exceção estabelecida.

Além disso, já se tornou lugar comum, em matéria de hermenêutica, a afirmação de que a lei não dá, com uma das mãos, e retira com a outra. Duas normas reciprocamente excludentes não convivem no sistema; só uma delas há de prevalecer. Quando se trata de conflitos entre princípios jurídicos e normas isoladas, estas devem ceder diante daqueles, ou, no mínimo, devem ser interpretadas em conformidade com os princípios. Por último, quando se trata de conflitos entre princípio, sempre será necessário que se proceda a uma ponderação entre eles, em função da hierarquia entre eles e das circunstâncias do caso concreto.

Assim, muito mais importante do que normas elementares de hermenêutica está algo que já foi bastante destacado neste estudo: a hierarquia dos princípios e das normas constitucionais. Não é possível, mediante interpretação desmedida desse singelo parágrafo, aniquilar o princípio jurídico constitucional de maior hierarquia, que é o princípio republicano, do qual decorre, imanentemente, a responsabilidade das autoridades públicas.

O §4º tem eficácia limitadíssima e, inquestionavelmente, não confere imunidade ao Presidente da República, nos termos do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“A norma consubstanciada no art. 86, §4º, da Constituição, reclama e impõe, em função de seu caráter excepcional, exegese estrita, do que deriva a sua inaplicabilidade a situações jurídicas de ordem extrapenal.

O Presidente da República não dispõe de imunidade, quer em face de ações judiciais que visem a

definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer, ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária.

A Constituição do Brasil não consagrou, na regra positivada em seu art. 86, § 4º, o princípio da irresponsabilidade penal absoluta do Presidente da República. O Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados “in officio” ou cometidos “propter officium”, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a “persecutio criminis”, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos Deputados.”

Inquérito nº 672-6, Distrito Federal, Relator Ministro: Celso de Mello, STF, D.J. 16.04.93 (negritamos)

Não há dúvida de que aos leigos, não habituados a ler a norma jurídica no seu contexto, esse §4º pode levar a entendimento contrário ao do STF. Aos advogados dos réus é lícito tentar retirar daí o máximo de eficácia, ainda que contrariando postulados fundamentais de hermenêutica. Mas o jurista tem o dever, irrecusável, de buscar a melhor interpretação e de justificar a razão pelo qual firmou seu entendimento, demonstrando a coerência de sua linha de pensamento ao longo do tempo.

Não há dúvida, também, de que um jurista pode mudar seu entendimento. Porém, quando isso ocorrer, deve, por honestidade intelectual, confessar que mudou e justificar as razões de seu novo entendimento.

VII – Alteração superveniente do texto constitucional quanto ao mandato

Possivelmente a parte mais nebulosa desse surpreendente §4º seja a limitação temporal à vigência mandato: “O *Presidente da República*, na

vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

Registre-se, de imediato, que tal dispositivo não figurava nos textos constitucionais de 1946, 1967 e 1969; essa limitação foi uma novidade trazida pelo Congresso Constituinte de 1988.

Naquela ocasião, o mandato do Presidente da República foi estabelecido com a duração de quatro anos, não havendo possibilidade de reeleição. Ou seja: O Presidente de República **exercia suas funções** pelo período único, máximo e total de quatro anos apenas.

Porém, atualmente, por força do disposto no § 5º, do Art. 14, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997, o Presidente da República pode ser reeleito por mais um período, subsequente, de quatro anos. A decorrência clara e insofismável dessa alteração constitucional é a de que o Presidente da República estará **no exercício de suas funções** por oito anos, quando for reeleito.

Uma coisa é o mandato, e outra coisa é o exercício das funções de Presidente da República. Antigamente, não era possível cassar o mandato do Presidente após os 4 anos, porque, após decorrido esse tempo, não haveria mais mandato a ser cassado. Hoje, o mandato está dividido em dois períodos de 4 anos, mas, durante a somatória desses dois períodos, a função exercida pelo Presidente é uma só. Portanto, é absolutamente inquestionável que, uma vez reeleito, o Presidente da República estará **no exercício de suas funções** por oito anos,

Consequentemente, qualquer interpretação dada ao famigerado § 4º, do Art. 86, anteriormente à EC nº 16, de 1997, deve ser atualizada, para compatibilizar-se ao novo contexto constitucional.

Conforme ensina Antonino Pensovecchio Li Bassi, em sua preciosa obra sobre "L' Interpretazione delle Norme Costituzionale" (Milano, 1972, p. 62 e 81), numa tradução para o português:

"O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atender cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição".

"O intérprete das normas constitucionais deve aplicar no seu trabalho também o critério evolutivo, atentando para com a realidade e referindo as normas isoladas a um sistema constitucional em contínua evolução, como decorrência das mutações das exigências político-sociais da coletividade. Deve aplicar as normas não com base no sistema no qual o dispositivo historicamente nasceu, mas, sim, com base no sistema atual no qual vive."

"Deve levar em conta a realidade concreta, na qual operam as normas constitucionais, para trazer do exame da realidade oportunos elementos de valorização que permitam ajustamento ao processo evolutivo das normas e evitar conclusões incompatíveis com a vida real".

Ora, se a interpretação deve ser feita de maneira evolutiva, mesmo quando não haja alteração do texto normativo, com muito maior razão há de ser aplicado o método evolutivo quando da alteração substancial do texto constitucional.

No Brasil esse entendimento, no sentido da necessária atualização do entendimento das normas jurídicas, já foi sufragado pela mais tradicional doutrina e pela Jurisprudência:

"O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, 'há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro'. 'Para cada causa nova o juiz deve aplicar

a lei, ensina Ripert (Les Forces Créatives du Droit, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado'; 'deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada', pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta''.

(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 196-RS, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in Revista dos Tribunais, vol. 651, janeiro de 1990, p. 170-173).

Em sua consagrada obra de doutrina sobre interpretação e aplicação do direito, o Ministro EROS GRAU, depois de examinar vários aspectos desse tema, chamou a atenção para a necessidade de se conferir aos textos legais uma interpretação atualizada, pois, em suas palavras, “o direito é um dinamismo”:

“Um outro aspecto reclama ponderação. É que a interpretação do direito encaminha a atualização do direito.

Ela sempre, necessariamente, se dá no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve expor o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente (não no contexto da redação do texto).

Todo texto pretende ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.”

“Isso assim se passa porque, ademais, o direito – como observou Von Jhering (1884:424) – existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele (“das Recht ist der Gesellschaft, nicht die Gesellschaft des Rechts wegen da”). O direito é um nível da realidade social.

Mais não é preciso considerar para que se comprove a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à “vontade do legislador”. A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento.”

“Repito-o: a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do

direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.

O direito é um dinamismo.”

“É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.”

EROS ROBERTO GRAU, “Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito”, Malheiros Editores, 2002, p. 102, 111/112.

Em síntese, depois de instituída no Brasil a possibilidade de reeleição do Presidente da República, não faz qualquer sentido entender que, para quem é reconduzido, o final do primeiro período de mandato, funcione como um “mors omnia solvit”, com relação a atos e omissões que se tenham passado no exercício das mesmas funções naquele primeiro mandato. É forçoso considerar que, não só as funções são as mesmas, mas, acima de tudo, que no regime republicano, a responsabilidade é a regra, e a imunidade uma exceção extremamente restrita.

VIII – A legislação ordinária em vigor

À luz da interpretação dada aos princípios e às normas constitucionais que estabelecem a responsabilidade do Presidente da República, pode-se, agora, examinar a legislação ordinária, ou, mais exatamente, a Lei nº 1.079 de 10/04/50, cujo artigo segundo dispõe sobre as específicas sanções cabíveis:

“Art. 2º. Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo

Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.”

Tais penalidades são caracteristicamente de ordem política e não se confundem com as penalidades estabelecidas pelo Código Penal, nem se substituem a elas, pois o Art. 3º deixa claro que a imposição das sanções estabelecidas no Art. 2º “*não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.*”

O Art. 4º repete o que constava da Constituição de 1946 e é bastante semelhante ao texto constitucional atualmente em vigor, contendo uma afirmação genérica sobre atos que atentem contra a Constituição, e uma enumeração exemplificativa, conforme já foi observado:

“Art. 4º São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra:

I - A existência da União;

II - O livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

III - O exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - A segurança interna do país;

V - A probidade na administração;

VI - A lei orçamentária;

VII - A guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - O cumprimento das decisões judiciais” .

Não é o caso de se proceder, neste estudo, a um comentário completo dessa lei, dispositivo por dispositivo. É suficiente, para os fins deste estudo, destacar alguns mandamentos legais, que podem ter sido eventualmente infringidos, pela atual exercente das funções de Presidente da República, conforme o farto noticiário jornalístico.

O ponto mais contundente é o que consta do item 3, do Art. 9º, que se transcrevem:

“Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

*...
3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;”*

A Constituição Federal não tolera a improbidade; ao contrário, estabelece uma pluralidade de possíveis sanções. A probidade na administração é um valor constitucional de enorme relevância, podendo ensejar sanções criminais, civis e político administrativas.

O item 3, do Art. 9, da Lei nº 1.079 de 10/04/50, deixa fora de qualquer dúvida que a improbidade pode decorrer de ação ou **omissão**. Este detalhe é extremamente importante. Os delitos funcionais e os atos contrários à Constituição podem ter sido praticados por terceiros e num tempo pretérito, mas, se o Presidente da República, no exercício de suas funções, deles toma conhecimento e se omite, deixando de responsabilizar seus subordinados, está configurada a prática de crime de responsabilidade.

Uma característica fundamental da omissão é que ela é permanente, pois somente pode ser suprimida pela efetiva tomada de medidas concretas objetivando a responsabilização dos subordinados. É absolutamente irrelevante que os atos delituosos tenham sido cometidos antes do exercício das funções de Presidente da República; o importante é que a **omissão** seja de quem esteja exercendo o mandato de Presidente, sendo também totalmente irrelevante tratar-se de um primeiro ou segundo mandato, pois, conforme já foi destacado, as funções são as mesmas.

Ainda nesse mesmo Art. 9º, que cuida dos “*crimes de responsabilidade contra a probidade na administração*”, merece atenção o disposto no item 7:

“7 – proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.”

Este item mostra a impropriedade (e mesmo a impossibilidade) de se pretender exigir, para a configuração do crime de responsabilidade (infração político administrativa), o mesmo rigor quanto à tipicidade, inerente ao Direito Penal. Aliás, a própria Constituição Federal tem dispositivo análogo, ao dizer, no Art. 55, inciso II, que perderá o Mandato o Deputado ou Senador “*cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar*”. Sem dúvida alguma, tal “procedimento” pode ocorrer por ação ou omissão, cabendo repetir que esta, a omissão, é permanente, ainda que se refira a eventos ocorridos no passado.

Outro ponto que, eventualmente, pode vir a ensejar a condenação por crime de responsabilidade, está no Art. 10, item 4, da Lei nº 1.079/50:

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

...
4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.”

Este dispositivo exige, também, que o intérprete se valha do método evolutivo, pois, de acordo com a época de sua produção, ele menciona somente a “lei orçamentária”, quando, atualmente, a Constituição Federal, no Art. 165, cuida “Dos Orçamentos”.

Atualmente, a lei orçamentária anual é apenas um dos instrumentos, entre outros, que integram o processo de planejamento, o qual

começa com o Plano Plurianual, segue com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, chega na lei orçamentária anual e prossegue com a execução do orçamento, nos termos em que foi aprovado pelo Poder Legislativo.

Existe, na verdade, de fato, uma enorme tolerância com relação ao descumprimento do orçamento. Atualmente cuida-se de tornar impositiva a aplicação das verbas decorrentes de emendas parlamentares ao orçamento, mas, em termos estritamente jurídicos, os orçamentos não são e não podem ser peças de ficção; não podem ser simplesmente ignorados.

Pelo menos, é preciso atentar para o fato de que a Constituição, numa interpretação evolutiva, considera crime de responsabilidade a prática de atos que atentem contra o sistema de planejamento orçamentário constitucionalmente estabelecido.

Tangenciando a questão orçamentária e as finanças públicas, para, numa visão mais ampla, abranger o patrimônio público, cabe destacar o disposto no item 5, do Art. 11, da Lei nº 1079/50:

“Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

...

5 - negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.”

Novamente surge aqui a previsão da prática de crime de responsabilidade por **omissão**, mas com uma particularidade que merece especial atenção: a Lei fala em **omissão culposa**, ao mencionar, expressamente o verbo “**negligenciar**”.

Não se trata da prática, em concreto, de atos deletérios à arrecadação e ao patrimônio, mas, sim, da inação do Presidente da República quanto à adoção de práticas destinadas a evitar elisão ou sonegação fiscal ou

a delapidação do patrimônio público, que compreende toda espécie de bens, materiais e imateriais, e, inclusive, dinheiros públicos.

Preventivamente, para rechaçar qualquer questionamento quanto à vigência desse Art. 11 e de seus itens, convém registrar que as práticas delituosas aí previstas tinham suporte de validade no enunciado do inciso VII, do Art. 89, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946. Tal enunciado não mais figura, expressamente, no texto constitucional em vigor, mas, sem dúvida, está implícito no “caput” do Art. 85.

Com efeito, o texto constitucional atualmente em vigor suprimiu a menção expressa, que constava do Art. 89, inciso VII: “*a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos*”. Todavia, essa supressão não retira o suporte de validade da configuração, como crime de responsabilidade, da prática de atos albergados nessa rubrica, pois, conforme já foi ressaltado, a especificação dos incisos é claramente exemplificativa (não exaustiva), pois o “caput” do artigo (tanto em 1946 como agora) abrange, genericamente, qualquer ato do Presidente que “*atente contra a Constituição Federal*”.

Atenta contra a Constituição Federal, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que conflite com os princípios constitucionais, entre os quais figura, expressamente, o da moralidade, o qual tem especial relevância no sistema jurídico brasileiro, conforme se passa a examinar.

IX – Crime de responsabilidade e probidade administrativa

Moralidade não se confunde com moralismo; nem é apanágio ou característica de qualquer corrente política. A moralidade no exercício da função pública é um valor constitucional afirmado e reafirmado no texto constitucional a tal ponto, que sua defesa é confiada inclusive a qualquer simples cidadão, como um direito fundamental, consagrado no inciso LXXIII, do Art. 5º, nestes termos:

“...

*LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”.*

Também não se pode confundir a moralidade, incorporada ao sistema jurídico, com qualquer concepção de moral que qualquer indivíduo possa ter. A moralidade administrativa independe de concepções individuais (o que poderia gerar enorme insegurança jurídica), e tem clara configuração no direito positivo brasileiro, conforme demonstra Márcio Cammarosano:

“Para o Direito só é relevante a ofensa a ele perpetrada. Mas sua reação é mais acentuada diante da invalidade (ofensa jurídica) decorrente da ofensa a valor ou preceito moral juridicizado. E é mais acentuada porque o próprio Direito assim estabelece.

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais.”

MÁRCIO CAMMAROSANO, “O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa”, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 113.

Num país, como o Brasil, marcado, desde seu nascimento, pelo patrimonialismo e onde a corrupção é endêmica, pode parecer uma demasia ou algo despropositado, cassar o mandato popular de alguém “apenas” por “*não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados*”, conforme consta do item 3, do Art. 9º da Lei nº 1.079/50.

Por isso é necessário reafirmar que a moralidade é um elevado valor constitucional, e que o dever de evitar e punir a improbidade é um dever elementar de qualquer governante e especialmente do Presidente da República, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A probidade é uma obrigação elementar, a que todos, especialmente os que recebem, administram e aplicam dinheiro público, estão jungidos. O Presidente da República, evidentemente, não escapa a essa obrigação. Desse modo tem de zelar para que toda a administração pública se atenha estritamente às normas de probidade, sobretudo financeira.”

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,
“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, 2ª. edição,
vol. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 442.

A voz corrente, nas ruas e na imprensa, é no sentido de que somente é possível punir o Presidente da República, por crime de responsabilidade, se ele houver feito alguma coisa, houver praticado um ato, no exercício de seu mandato, que configure ação delituosa assim sancionável. Esse mito precisa ser extirpado da credence nacional, pois, nos termos claros do direito positivo brasileiro, a omissão deliberada na apuração de responsabilidades alheias é crime de responsabilidade.

Desde longa data, a doutrina é enfática quanto a isso:

“A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência

aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas.

*Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, **inclusive por omissão**, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.”*

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, “Probidade Administrativa”, 2ª. Edição, Saraiva, 2002, p. 113 (negritamos)

Pouco importa a época na qual foram praticados os atos que ensejam a responsabilização dos subordinados; o que importa é que a OMISSÃO seja atual, esteja sendo permanentemente praticada no exercício do atual mandato de Presidente da República.

A falta de providências concretas destinadas a apurar ofensas à legislação ou danos ao erário, pode, eventualmente, ser deliberada; decorrente do propósito de acobertar comportamentos que poderiam ser politicamente danosos ao atual exercente das funções de Presidente da República. Nesse caso, de omissão deliberada, visando interesses pessoais, pode-se falar na ocorrência de dolo, mas, de qualquer maneira é inegável a existência de culpa, pois a negligência é inquestionável.

O que aqui se sustenta, reiteradamente, é que a omissão culposa, ao violar o dever de probidade na administração, enseja a abertura do processo visando a cassação do mandato do Presidente da República.

X – O elemento subjetivo

No Código Civil Brasileiro, mediante a combinação dos artigos 186 e 927, parágrafo único, está estabelecida, como regra geral, a responsabilidade pela ação ou omissão culposa, ou seja, daquele que *“por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem”*, porém, *“haverá obrigatoriedade de reparar o dano independente de culpa, nos casos especificados em lei”*. Essa disciplina do Código Civil nunca teve sua constitucionalidade contestada.

Entretanto, no âmbito do Direito Público, no tocante a autoridades e agentes públicos, não se ignora que, parte da doutrina, somente admite a existência de improbidade sancionável quando o ato praticado (ou a omissão) for decorrente de dolo; da deliberada intenção de atingir o resultado. É bastante provável que tal entendimento decorra de uma confusão com o Direito Penal.

Com efeito, conforme o disposto nos incisos I e II do Art. 18 do Código Penal, entende-se que o crime é doloso *“quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; e que o crime é culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”*. Essa distinção é clara e não causa problemas. A fonte da controvérsia sobre o elemento subjetivo está no parágrafo único desse mesmo artigo: *“Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”*.

Não foi sem razão, portanto, que, logo no início deste estudo, foi feita a distinção entre infração penal, improbidade administrativa e crime de responsabilidade como infração político administrativa, insistindo-se em que cada uma dessas modalidades de infração tem um regime jurídico próprio e específico. Um mesmo ato pode ensejar a punição por qualquer uma delas, mas não é possível confundir ou mesclar os correspondentes processos de apuração.

Quando se tratar da apuração de crime, previsto no Código Penal, vale a regra geral do parágrafo único do Art. 18, acima referida. Mas, quando se trata de ato de improbidade, previsto no Art. 37, §4º, da Constituição Federal, deverá ser observada a disciplina estabelecida pela Lei nº 8.429, de 02/06/92, cujo Art. 10 estabelece uma regra totalmente diferente:

*“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer **ação ou omissão, dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:”*(negritamos)

Essa expressa previsão legislativa, de ação ou omissão culposa, já teve sua constitucionalidade questionada, porém a jurisprudência já se pronunciou no sentido de inexistência de ofensa à Constituição e aceitando, inequivocamente, sobre a suficiência do elemento culpa, para a configuração de ato de improbidade:

1) *“RECURSO ESPECIAL Nº 816.193 - MG
(2006/0015183-8)
RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA*

*4. Doutrina e jurisprudência pátrias afirmam que os tipos previstos no art. 10 e incisos (improbidade por lesão ao erário público) prevêm a realização de **ato de improbidade administrativa por ação ou omissão, dolosa ou culposa**. Portanto, há previsão expressa da modalidade*

culposa no referido dispositivo, não obstante as acirradas críticas encetadas por parte da doutrina.

5. Restou demonstrada na fundamentação do acórdão atacado a existência do elemento subjetivo da culpa do ex-prefeito bem como o prejuízo que a negligência causou ao erário, caracterizando-se, por isso mesmo, a tipicidade de conduta prevista no art. 10, inc. X, segunda parte, da Lei 8.429/92.

6. Recurso especial provido para restabelecer a condenação do ex-prefeito do município de Passos/MG - Nelson Jorge Maia ao ressarcimento integral do dano, atualizado monetariamente pelos índices legais acrescido de juros de mora na taxa legal, nos termos do art. 12, inc. II, da Lei 8.429/92.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de outubro de 2009(data do julgamento).DJ 21/10/2009

2) “AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.375.364 - MG (2010/0222887-9)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

3. Com efeito o acórdão proferido pelo Tribunal de origem não merece qualquer censura. Primeiro, porque não há omissão no julgado. Segundo, porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o ato de improbidade administrativa não exige a ocorrência de enriquecimento ilícito, sendo a forma culposa apta a configurá-lo.

Agravo regimental improvido.

*Brasília, DF, 03/11/2011 (data de julgamento)
DJ11/11/2011*

Considerando que, tanto nos casos de Improbidade administrativa (do Art. 37, §4º da CF), quanto de crime de responsabilidade (do Art. 85, V, da CF) o princípio constitucional em foco é o da moralidade administrativa, com o decorrente dever de probidade, não é despropositada a invocação da analogia, como mais um argumento, para sustentar a suficiência da modalidade culposa para a configuração do crime de responsabilidade do Presidente da República.

A doutrina também já se manifestou, recentemente, sobre essa questão do elemento subjetivo. Merece transcrição o entendimento no sentido da possibilidade de condenação, na existência apenas de culpa, sufragado pelo respeitado jurista Ives Gandra da Silva Martins:

“Ao interpretar o conjunto dos dispositivos citados, entendo que a culpa é hipótese de improbidade administrativa, a que se refere o artigo 85, inciso 5º, da Lei Suprema dedicado ao impeachment.

Na sequência do parecer, referi-me à destruição da Petrobras, reduzida a sua expressão nenhuma, nos anos de gestão da presidente Dilma Rousseff como presidente do Conselho de Administração e como presidente da República, por corrupção ou concussão, durante oito anos, com desfalque de bilhões de reais, por dinheiro ilicitamente desviado e por operações administrativas desastrosas, que levaram ao seu balanço não poder sequer ser auditado.

Como a própria presidente da República declarou que, se tivesse melhores informações, não teria aprovado o negócio de quase US\$ 2 bilhões da refinaria de Pasadena (nos Estados Unidos), à evidência, restou demonstrada ou omissão, ou imperícia ou imprudência ou negligência, ao avaliar o negócio.

E a insistência, no seu primeiro e segundo mandatos, em manter a mesma diretoria que levou à destruição da Petrobras está a demonstrar que a improbidade por culpa fica caracterizada, continuando de um mandato ao outro.

À luz desse raciocínio, exclusivamente jurídico, terminei o parecer afirmando haver, independentemente das apurações dos desvios que estão sendo realizadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público (hipótese de

dolo), fundamentação jurídica para o pedido de impeachment (hipótese de culpa).”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, “A hipótese de culpa para o impeachment”, Folha de São Paulo, 03/02/15, p. 3.

Para finalizar o exame da questão do elemento subjetivo, na legislação ordinária, é muito relevante salientar que a recente Lei nº 12.846, de 01/08/13, conhecida como Lei Anticorrupção, em seu Art. 2º, admite a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas: “*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*” Porém ressalva, no §2º, que “*Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade*”.

Esse regime jurídico segue, de perto, o que a Constituição Federal dispõe sobre a responsabilidade civil dos entes da Administração Pública, que é objetiva, mas prescreve a ação regressiva contra o agente responsável “*nos casos de dolo ou culpa*”.

Não existe exigência constitucional de que a responsabilidade administrativa somente possa gerar condenação quando o agente houver atuado dolosamente. Essa exigência é do Código Penal e somente se aplica nos casos de processo por infração penal, não tendo aplicabilidade fora dele.

Caso, eventualmente, alguma questão interpretativa possa ter remanescido, não há dúvida de que ela deve ser resolvida no sentido que assegure maior eficácia ao princípio republicano, à inerente responsabilidade das autoridades públicas e ao princípio da moralidade, que são incompatíveis com qualquer forma, meio ou subterfúgio de imunidade que se pretenda conferir ao Presidente da República.

XI – A comprovação dos fatos sancionáveis

A viabilidade da abertura de um processo de cassação de mandato não significa que o resultado seja automático. Existe todo um caminho a ser percorrido, delineado pelos Arts. 85 e 86 da Constituição Federal e detalhado pela Lei nº 1.079/50. É preciso, primeiramente, que a Câmara dos Deputados, pelo voto de dois terços de seus membros, admita a acusação, para que, em seguida, seja feito o julgamento pelo Senado Federal, em sessão presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

O processo de cassação não se confunde com um linchamento político, pois deve se desenvolver na forma da lei, com acusação específica de comportamento legalmente tipificado, assegurando ao acusado a ampla defesa e está sujeito ao controle judicial, quanto à observância de todas as formalidades legais.

Em nada se assemelha a um voto de desconfiança, como ocorre no regime parlamentarista, conforme anota a doutrina:

“A exigência de lei que defina a ação ou omissão como crime de responsabilidade retira ao impeachment o eventual caráter de medida estritamente política. Dela decorre que o impeachment, no direito pátrio, não é mera inquest of power, procedimento em que, por maioria qualificada, o Congresso Nacional poderá afastar da Presidência pessoa cuja política não aprove, imputando-lhe descumprimento a vagos princípios constitucionais. Se assim fosse, existiria na Constituição a responsabilidade meramente política, que é própria do parlamentarismo.”

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,
“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, 2ª. edição,
vol. 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, p. 443.

As ações ou omissões imputadas ao Presidente devem ser devidamente comprovadas, ainda que sem o rigorismo do processo penal, pois neste o que está em jogo é a liberdade da pessoa, enquanto no processo de

cassação do mandato a decisão proferida está relacionada com a salvaguarda da Constituição, a observância do princípio republicano, a proibição na administração e os demais valores de ordem pública, de maior hierarquia, salientados no curso deste estudo.

Nem se diga, no caso de imputação de omissão culposa, que estaria havendo, no processo, alguma inversão do ônus da prova. Haveria inversão se, alguém, acusado da prática de algum ato delituoso, tivesse que comprovar que não o fez. No caso de acusação de comportamento omissivo, cabe ao acusado demonstrar que efetivamente fez algo cuja existência está sendo negada. Não se trata de prova negativa de ato ou fato, mas, sim, de comprovação da efetiva ocorrência de ato ou fato excludente do delito imputado.

Outro fantasma a ser exorcizado é o que diz respeito à suposta aplicação da denominada teoria do domínio do fato. Não se trata de cassar o mandato do Presidente da República somente em razão de sua condição hierárquica, mas, sim, pela negligência no exercício de suas funções, faltando ao cumprimento de deveres inseparavelmente justapostos aos seus poderes.

Quem melhor esclarece essa questão do dever de agir é CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, (“Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 26ª edição, 2009, pág. 72 a 80).

“Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos -- e não da pessoa exercente do poder --, as prerrogativas da

Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.

“O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de “dever” em que se encontra a Administração -- direta ou indireta -- em face da lei.

O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um “problema pessoal” da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível”.

A omissão culposa no (des)cumprimento do dever não se confunde, também, com a simples má gestão. Um mau administrador, desprovido de talento para a gestão pública, deve ser punido pelo eleitorado; não se pode cassar o mandato do Presidente da República apenas por ser incompetente, política e tecnicamente. Isso, sim, seria um golpe. Mas, ao contrário, a cassação do mandato do Presidente, que cometeu crime de responsabilidade (por ação ou omissão, dolosa ou culposa), não atenta contra a democracia, pois é um instrumento do governo democrático, previsto na Constituição.

A magnífica lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acima transcrita, aplica-se, indubitavelmente ao Presidente da República, que, nos termos do Art. 84, inciso II, da Constituição Federal, tem o dever de “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”, expressão esta que compreende o corpo central da administração e o conjunto de entidades (empresas e fundações que integram

a administração indireta ou descentralizada), como também os fundos constituídos com dinheiros públicos e os convênios firmados com entidades públicas.

Para isso, a Presidente da República conta com o auxílio de, no caso específico, 39 Ministérios e uma miríade de entidades, conselhos e grupos de trabalho. A boa administração sempre foi uma exigência normal para qualquer gestor público, mas cresceu de importância com a inserção, no Art. 37 da Constituição Federal, expressamente, do princípio da eficiência, que não pode conviver com o empirismo, nem com a improvisação, nem, muito menos, com o descontrole e a irresponsabilidade.

A Constituição é enfática quanto ao planejamento, ao dizer, no Art. 174, que ele é “determinante para o setor público”, valendo lembrar que planejamento nada tem com futurologia. Planejamento compreende a avaliação das necessidades a serem atendidas e dos meios disponíveis, com a eleição de prioridades, o acompanhamento das ações havidas como prioritárias e, também, a avaliação dos resultados.

O direito ao governo honesto e eficiente, que a Constituição assegura a todos os cidadãos, não é uma quimera, mas, sim, um dever irrecusável de qualquer governante, que está devida e claramente positivado no Art. 74, e seu parágrafo primeiro, da Constituição Federal:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

Por certo, ninguém haverá de supor que todos esses mandamentos sejam prerrogativas puras, que o governante irá ou não exercitar, ao seu inteiro talante e segundo suas conveniências pessoais. Convém lembrar a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acima transcrita, no sentido de que toda competência traz ínsito o dever de exercê-la.

Também por certo, ninguém haverá de supor que o Presidente da República possa ser responsabilizado por não ter promovido a apuração de comportamento delituoso de todo e qualquer agente público, em qualquer recanto do imenso território nacional. Evidentemente, haverá de se aplicar, em cada caso, o princípio da razoabilidade, cada vez mais prestigiado pelos Tribunais Superiores, pois ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível.

Uma coisa são ações isoladas, de pouca ou nenhuma repercussão. Outra coisa, muito diferente, são projetos, operações, contratos e empreendimentos de grande vulto, e atuações altamente deletérias concertadas e reiteradas de órgãos, entidades ou autoridades dos altos escalões administrativos. Situações existem cuja alegação de ignorância pelo exercente do poder se revela como absurdo evidente.

Absurdo evidente é aquilo que aparece, de pronto, como despropositado, desarrazoado, inverossímil. Com mais algum apuro, pode-se chegar, pelo mesmo caminho da razoabilidade, à percepção do desvio de poder, que outra coisa não é senão uma arbitrariedade dissimulada. O mais

importante, porém, é evidenciar a postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões dos comportamentos (comissivos ou omissivos) de autoridades administrativas, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Registre-se que também essa invocação do princípio da razoabilidade já foi acolhida e sustentada pelo signatário, em obra já acima referida, na passagem que se transcreve:

“Cabe, agora, explicitar o significado de mais um princípio jurídico aplicável ao processo administrativo, destinado a combater a ilegalidade ou a legalidade apenas aparente, ensejadora de desvios e abusos de poder. Trata-se do princípio da razoabilidade. Num primeiro momento poderia parecer até absurdo falar em princípio da razoabilidade, pois todas as pessoas habitualmente consideram que suas ações são sempre ditadas pelo bom-senso. Entretanto, no campo da experiência jurídica as coisas nem sempre ocorrem assim; e, diante do caso concreto, à luz dos outros princípios consagrados pelo sistema jurídico, ainda que às vezes com alguma dificuldade, não é impossível aferir se determinado ato pode, ou não, ser havido como razoável.”

SERGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, “Processo Administrativo” 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p.97, 98.

Meios e instrumentos de controle existem para serem efetivamente utilizados, pois o controle é essencial a qualquer organização. As empresas privadas, especialmente as grandes corporações, não podem invocar o seu gigantismo como desculpa para a prática de atos ilícitos. Com muitíssima maior razão, as empresas estatais, especialmente as de maior porte, devem estar sempre sob rigoroso controle.

Seja permitido, novamente, transcrever aqui um texto que retrata bem o momento presente. Embora tenha sido escrito com foco nas

empresas privadas, ele se amolda às empresas em geral, inclusive as estatais, e, também às estruturas da administração pública.

“Independentemente do tipo de organização societária, este último fundamento (compliance) pode ser aquele cuja negação pode causar mais impactos à boa gestão. E isto pela simples razão de que administrar um negócio sem preocupação com a observância de conformidade das condutas corporativas é admitir um negócio de alto risco, tanto para investidores quanto para administradores, sem falar dos efeitos para a sociedade e para a economia, que perdem justamente pela disseminação da cultura da ilegalidade.

Uma sociedade leniente com o descumprimento da legislação será premiada com uma economia de baixa performance, com efeitos socioeconômicos perversos, sobretudo porque faz proliferar a enganosa crença de que há vantagens – pessoais e interpessoais, corporativas e sociais – a serem auferidas pelos descumpridores das regras fixadas segundo a Constituição.

Uma das faces mais odiosas de uma administração destituída de compliance é aquela que promove o efeito manada: uma empresa encontra no comportamento ilícito de outra (concorrente) a justificativa moral para o seu ato ilícito. E com a isso a ética corporativa se torna apenas um vocábulo a enfeitar o quadro de valores de muitas empresas, as quais passam a tratar a corrupção como “ferramenta de gestão”.

CALEB SALOMÃO, “Proibição Corporativa”, in Anuário 2014 – CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, Apoio Migalhas, Ribeirão Preto, p.97.

O que se pode extrair diretamente disso tudo é a afirmação de que as atividades de controle devem ser exercitadas de maneira proativa, em qualquer modalidade de organização, para evitar desvios e ilicitudes, mas é absolutamente inaceitável que não sejam exercitadas mesmo quando da existência de veementes indícios de improbidade ou, no mínimo, de desídia e negligência.

Não se coaduna com o sistema de valores constitucionais, que os órgãos de controle interno da administração somente atuem (ou simulem

estar atuando) depois que a Polícia e o Ministério Público tenham descoberto e revelado atos de gestão delituosa.

Não é propósito deste estudo examinar casos concretos, mas ele ficaria desencarnado sem a menção a alguns casos, em caráter exemplificativo, nos quais caberia uma investigação, para apurar a eventual ocorrência de omissão culposa. Os desvios generalizados da Petrobrás e as exorbitâncias de suas refinarias (no Brasil e no exterior – Abreu e Lima e Pasadena) são óbvios, mas continuam sendo negados, em vez de ser objeto de rigoroso controle. Ninguém é ingênuo a ponto de achar que a Petrobrás é uma ilha poluída, num mar de águas límpidas; e as outras empresas? do setor elétrico, ferroviário, de portos etc.? O que aconteceu com as obras intermináveis da transposição do Rio São Francisco? Qual a proveniência dos elevados recursos utilizados pelo MST? Quando será observado o dever de publicidade no tocante aos fundos de pensão e às entidades bancárias, especialmente o BNDES? Há ou não negligência na falta de indicação de membros que permitam o regular funcionamento das agências reguladoras? Quando serão apurados os ilícitos cometidos contra o sistema de planejamento orçamentário, sob a singela designação de contabilidade criativa?

Não é preciso ir mais adiante para demonstrar a existência de situações que poderiam ensejar a abertura de processo de cassação do mandato de Presidente da República e, o que é mais importante, existem instrumentos constitucionais aptos e talhados para isso, sem qualquer ferimento à ordem institucional.

Convém, entretanto, repetir a advertência feita logo no início deste estudo, no sentido de que investigação não é prejulgamento. Os princípios constitucionais bastante salientados neste estudo, levam à conclusão de que, na República, investigar a licitude de comportamentos administrativos questionáveis, é, acima de tudo, um dever de todo e qualquer ocupante do Poder.

Somente por má fé alguém minimamente letrado pode falar em golpe ou “terceiro turno”. O Art. 79 da Constituição Federal é meridianamente claro ao dizer que compete ao Vice-Presidente suceder o Presidente, em caso de vaga. Ou seja, na situação atual, se for cassado o mandato da atual Presidente de República, ela será substituída pelo Vice-Presidente com ela eleito.

Não haverá nova eleição, pois não existe cassação simultânea dos mandatos de Presidente e Vice-Presidente, e somente na vacância de ambos os cargos, conforme estipula a Constituição Federal (Art. 81) é que seriam realizadas novas eleições.

XII - Conclusões

Conforme foi amplamente demonstrado, é elementar, no sistema republicano, a possibilidade de se responsabilizar todo e qualquer governante. Tal entendimento, dito e reiterado neste estudo, não é algo recente ou derivado dos fatos atuais, pois já vem sendo sustentado pelo signatário deste estudo há mais de vinte anos, conforme a publicação que se transcreve:

“Esta consideração preliminar é feita para afastar entendimento equivocado a respeito do assunto, no sentido de que a possibilidade de cassação do mandato de Chefe do Executivo é como uma bomba atômica, que existe para não ser usada, pois configuraria, ou pelo menos, poderia representar, uma agressão ao sistema. Ora, agressão ao sistema é não usar a possibilidade de responsabilização de todo e qualquer governante. Agredir o sistema é não aplicar esse mesmo sistema em toda a sua inteireza.”

ADILSON ABREU DALLARI, “Crime de responsabilidade não é infração penal”, *in* Revista de Direito Administrativo Aplicado, vol.4, p.49 a 56, Curitiba, março de 1995.

Convém repetir que o ocupante temporário do cargo de Presidente da República não é inviolável e sagrado e, não mais, “não está sujeito a responsabilidade alguma”, como preconizava a Constituição do Império do Brasil de 1824. Desde a primeira Constituição republicana, sempre houve previsão da cassação do mandato presidencial, que é um instrumento do governo democrático, servindo, inclusive para legitimá-lo:

“Frise-se: o impeachment é uma importante válvula de descompressão da democracia, garantindo a legitimidade de quem ocupa determinados cargos. Em um país presidencialista, a importância do instituto aumenta porque evita rupturas institucionais na medida em que é importante instrumento de preservação da legitimidade da representação popular. Simplificando: se houver uma decisão de cassação, terá havido uma perda da legitimidade; se a decisão for de absolvição, terá havido um inerente reforço dela.”

...

“O impeachment é instrumento de preservação da legitimidade do poder. Ele garante ao povo a capacidade de destituir quem se mostrou indigno da confiança popular, direta ou indiretamente depositada.”

EDUARDO FORTUNATO BIM, “A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (Impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas”, *in* Revista de Direito do Estado, n. 5, janeiro/março de 2007, Editora Renovar, Rio de Janeiro, p. 207/208.

Conforme foi demonstrado, com amplo apoio na doutrina e na jurisprudência, as normas constitucionais e legais que disciplinam o processo de cassação do mandato devem ser interpretadas de maneira evolutiva, e com total acatamento aos princípios fundamentais da República, de maneira que qualquer restrição à responsabilidade do governante tenha interpretação estrita (não ampliativa) e, ao contrário, sempre seja assegurada maior positividade e maior amplitude às normas que ensejem a responsabilização.

Ao acusado devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, cabendo recurso ao Poder Judiciário, caso a decisão seja proferida com violação das formalidades legais.

Além disso, para que a supressão do mandato eletivo se revista de inquestionável legitimidade, por se tratar de um processo político administrativo, é preciso que ela represente (ou, pelo menos, não contrarie) a vontade popular, a quem o Poder Legislativo deve acatamento.

A correspondência aos anseios populares é essencial mesmo quando se trate de processo desenvolvido perante o Poder Judiciário, conforme assinala uma de suas figuras mais ilustres, ao comentar a chamada operação “Mani Pulite”, que varreu da Itália a corrupção institucionalizada:

“Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia.”

“Além disso, a ação judicial não pode substituir a democracia no combate à corrupção. É a opinião pública esclarecida que pode, pelos meios institucionais próprios, atacar as causas estruturais da corrupção”.

SÉRGIO FERNANDO MORO, “Considerações sobre a operação Mani pulite”, Revista CEJ, Brasília, nº 26, jul/set 2004, pg. 61

Em síntese final, pode-se afirmar, com segurança, que existe possibilidade jurídica da abertura do processo de cassação do mandato da atual Presidente da República, com base no Art. 85 da Constituição Federal, sob a acusação de ter atuado com culpa grave, consistente em omissão voluntária, no tocante ao cumprimento do dever de assegurar a probidade na administração. Para a aplicação dessa penalidade político-administrativa, deverá ser observado o devido processo legal, na forma da Lei nº 1.079/50, perante as duas Casas do Congresso Nacional.

XIII – Respostas aos quesitos

Com base nos fundamentos acima detalhadamente expostos, pode-se, agora, responder direta e objetivamente aos quesitos especificamente formulados.

1. Há norma constitucional ou infraconstitucional que impeça o Presidente da República ser investigado enquanto estiver no exercício do seu mandato?

Não. No sistema republicano, não existe imunidade processual para o Presidente da República, que pode, sim, ser investigado durante o exercício do mandato. O poder e a responsabilidade estão inseparavelmente ligados. O Presidente da República é um cidadão investido, temporariamente, do poder/dever de atuar, com eficiência e eficácia, no cumprimento das competências que lhe foram atribuídas pela Constituição e pelas leis.

2. Pode o Presidente da República, na vigência de seu mandato, ser responsabilizado por ato praticado no exercício de suas funções?

Sim. A regra geral, diretamente decorrente do princípio republicano, que tem caráter fundamental, é a de que o Presidente da República pode ser responsabilizado por atos praticados no exercício das funções inerentes ao cargo. A única ressalva, que consta do §4º, da Constituição Federal, segundo a qual “*O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções*”, obviamente não aniquila o princípio republicano e deve ter interpretação restritiva. Ela somente tem aplicação quanto aos crimes de responsabilidade, previstos no Art. 85, e não afasta a responsabilidade por infrações penais, nem por improbidade administrativa (Art. 37, §4º, da CF), nem a negligência ou a tolerância com relação a atos sancionáveis, praticados em momento anterior, cujo conhecimento ele, razoavelmente, não pode negar.

3. Se positiva a resposta ao quesito anterior, incidiria a regra geral de responsabilidade civil, que considera tanto a ação, quanto a omissão?

Sim. A responsabilização do Presidente da República pode decorrer tanto de ação, quanto de omissão, dolosa ou culposa, no tocante aos deveres inerentes ao cargo, por força dos princípios republicano, da moralidade ou probidade administrativa, e da obrigatoriedade do desempenho da função pública.

4. Na hipótese de reeleição do Presidente da República para mandato subsequente, pode haver responsabilização por ato praticado no exercício da função em mandato anterior?

Sim. No caso de reeleição, o Presidente da República estará no exercício das funções, inerentes ao cargo, pelo período de oito anos, e pode ser responsabilizado por atos e omissões que configurem crime de responsabilidade, ocorridos durante todo esse período. A norma constitucional superveniente, possibilitando o alargamento do período de exercício das funções inerentes ao cargo, determina que a interpretação de normas, anteriormente existentes, instituindo a responsabilidade com regra ampla e geral, seja feita de maneira evolutiva, em conformidade com os princípios fundamentais da Constituição Federal.

Respeitadas as opiniões divergentes, esse é o entendimento que nos pareceu o mais correto e o mais juridicamente sustentável.

São Paulo, 27 de abril de 2015.

ADILSON ABREU DALLARI
OAB/SP: 19.696

Professor Adilson Albreu Dallari

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP; membro nato do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas – NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Urbanismo e Mobilidade. Advogado.