

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NOS REGIMES JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO - UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA

Fabiana Kist¹

Resumo: O trabalho tem por objeto a responsabilidade criminal do Presidente da República nos regimes jurídicos português e brasileiro. Inicia com a identificação do significado do termo “responsabilidade”, seguindo-se análise da responsabilidade política e criminal, no sentido de definir o campo de incidência de cada uma delas. Depois, concentra-se na responsabilidade criminal do Presidente da República, identificando o regime legal em cada um dos referidos sistemas normativos, concluindo com a comparação entre eles, para perceber as semelhanças e as diferenças, a partir de alguns critérios previamente definidos.

Palavras-Chave: Responsabilidade, Responsabilidade Criminal, Presidente da República, Crimes de Responsabilidade.

Abstract: The purpose of this paper is the criminal responsibility of the President of the Republic de Portuguese and Brazilian legal systems. It begins with the identification of the meaning of the term "responsibility", followed an analysis of political and criminal responsibility, in order to define the field of incidence of each one of them. Then, it focuses on the criminal responsibility of the President of the Republic, identifying the legal regime in each of these normative systems, concluding with the comparison between them, to perceive the similarities and

¹ Advogada e Professora de Direito na Universidade Regional da Bahia, campus de Alagoinhas; mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, na especialidade de Direitos Fundamentais, da Universidade Clássica de Lisboa/PT.

differences, from some previously defined criteria.

Keywords: Responsibility, Criminal Responsibility, President of the Republic, Crimes of Responsibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade. 2.1. Parâmetros conceituais e funcionais; 2.1.1. Responsabilidade como princípio; 2.1.2. Responsabilidade como modo de limitação do poder; 2.1.3. Responsabilidade como mecanismo punitivo - responsabilidade jurídica; 2.2. Espécies de responsabilidade jurídica. 3. Responsabilidade criminal e política: conexões e distinções. 3.1. Conexões entre as responsabilidades política e criminal; 3.2. Distinções entre as responsabilidades política e criminal; 3.2.1. Natureza do fato responsabilizador; 3.2.2. Tipos de sancionamento; 3.2.3. Exigências quanto à aplicação das sanções: procedimento, fundamento e órgão competente; 3.2.4. Exigências quanto à cominação (previsão legal) das condutas e sanções. 4. Responsabilidade criminal do presidente da república em Portugal e no Brasil. Regime jurídico e comparação. 4.1. Generalidades. 4.2. O regime jurídico da responsabilização criminal do Presidente da República. 4.2.1. Crimes comuns e crimes de responsabilidade; 4.2.1.1. Crimes comuns e de responsabilidade em Portugal; 4.2.1.2. Crimes comuns e de responsabilidade no Brasil; 4.2.2. Crimes funcionais e não funcionais; 4.2.2.1. O regime português; 4.2.2.2. O regime brasileiro; 4.3. Síntese comparativa; 4.3.1. Conceito e natureza do crime de responsabilidade; 4.3.2. Sujeitos do crime de responsabilidade; 4.3.3. Quanto ao órgão julgador; 4.3.4. Quanto ao procedimento; 4.3.5. Quanto ao sancionamento e efeitos da condenação. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



presente trabalho tem por objeto a responsabilidade criminal do Presidente da República nos regimes jurídicos português e brasileiro, e será proposta uma análise comparativa dos dois sistemas, para perceber as semelhanças e as diferenças entre eles, e o objetivo é, com tais esclarecimentos, alcançar uma melhor compreensão desta espécie de responsabilidade nos dois sistemas normativos, o que se justifica pelas marcantes ligações históricas entre os dois ordenamentos jurídicos e também pela relação de proximidade entre eles.

Para tanto, inicia-se pela definição de responsabilidade e a indicação das espécies, bem como das principais características de cada uma, para deter-se na responsabilidade criminal. Na sequência, além de descrever o regime jurídico disciplinador desta responsabilidade nos dois sistemas, dito regime será analisado sob perspectiva comparativa, especialmente nos seguintes aspectos: a) a distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade; b) a distinção entre crimes funcionais e não funcionais, e c) o modelo adotado quanto: c.1) ao conceito de crime de responsabilidade; c.2) aos sujeitos dos crimes; c.3) à natureza dos crimes; c.4) ao órgão julgador; c.5) ao procedimento para a responsabilização e c.6) ao sancionamento e efeitos da condenação.

A proposta problemática, portanto, é identificar, analisar e discutir as semelhanças e diferenças entre os dois sistemas no tocante à responsabilidade criminal do Presidente da República, e as questões principais a serem respondidas referem-se ao regime jurídico da responsabilização criminal nos dois países e as principais diferenças e semelhanças entre os dois regimes.

Oportuno registrar, desde logo e com o intuito de fixar o objeto da pesquisa, que na Constituição Federal do Brasil e na tradição constitucional brasileira, advinda da tradição norte-americana, há o conceito de “crimes de responsabilidade” que, com esta designação, aparentam mobilizar os instrumentos do

Direito Penal. E, como sabido, eventual reconhecimento da prática desses “crimes” pode ensejar o *impeachment* do Presidente da República, uma forma de exoneração do cargo. Contudo, e conforme justificativa que será oportunamente ofertada, tratar-se-á tais “crimes” como infrações político-administrativas, como aliás a própria Constituição os denomina, com natureza extra-penal.

Essa consideração tem o efeito prático de excluir do objeto da presente investigação o procedimento tendente ao *impeachment* do Presidente da República, que tem por pressuposto a acusação de prática de crime de responsabilidade, entendido este como infração político-administrativa e, portanto, sem natureza penal. Ou seja, não se trata de meio de responsabilização criminal do Presidente da República, que é o âmbito do trabalho.

Propõe-se desenvolver a temática em três capítulos principais; o primeiro destinado ao estudo do termo responsabilidade; no segundo serão estudadas a responsabilidade criminal e a política, para compreender as conexões e distinções entre elas, com o que se fundamenta teoricamente a matéria de fundo, objeto do terceiro capítulo, dedicado ao estudo da responsabilidade criminal do Presidente da República em Portugal e no Brasil, com a identificação do regime jurídico vigente em cada país e sua comparação sob alguns enfoques, previamente definidos: o conceito e natureza do crime de responsabilidade, os sujeitos do crime de responsabilidade, o órgão julgador, o procedimento e o sancionamento e efeitos da condenação.

2. RESPONSABILIDADE

2.1. PARÂMETROS CONCEITUAIS E FUNCIONAIS

O termo responsabilidade é dotado de pluralidade semântica, e nisso reside uma das dificuldades no seu estudo. Ela pode ser ligada a vários contextos, como o jurídico, o normativo,

o político, o social, o ético ou mesmo o moral. Ou seja, há vários tipos de responsabilidade, e é disso que decorre a variedade de significados atribuída ao termo.

Para os efeitos do presente estudo, interessa definir este instituto a partir da teoria política e jurídica, com o intuito principal de identificar seus fundamentos e, com isso, viabilizar algumas tarefas básicas, como: a) compreender a relação entre responsabilidade e o princípio da representação; b) a capacidade da responsabilidade para fundamentar a perda ou a exoneração do cargo por quem é ocupante de cargo político; c) distinguir, a partir de determinados critérios, a responsabilidade política da criminal.

Inicialmente e no tocante à evolução do tema, PEDRO LOMBA² propõe que a raiz da palavra responsabilidade seja a de *respondere*, que se relaciona com a figura do *sponsor* do Direito Romano - um devedor comprometido perante outrem a realizar uma prestação, respondendo, portanto em virtude dessa qualidade (não por conta de um fato ou de culpa); e, com base em ensinamento de HANRIOT, ressalta que o Direito Civil passou a conhecer o instituto somente no final do século XIX. Por outro lado, quando a palavra responsabilidade for ligada à noção de “governo responsável”, remonta ao século XVII e, depois de recepcionada pelo constitucionalismo francês, generalizou-se nos textos constitucionais.

Já RICARDO LEITE PINTO e JOSÉ DE MATOS CORREIA³ localizam na transição da monarquia absoluta britânica para a monarquia limitada e desta para o parlamentarismo o surgimento da ideia de sujeição do governante à fiscalização dos atos governativos e à obrigação de por eles responder.

Nessa linha, pode-se afirmar que a ideia de responsabilidade do ocupante de cargo político, embora surgida

² LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46/47.

³ “A responsabilidade Política”. In *Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 788.

anteriormente, ganhou força com as Revoluções Liberais do final do século XVIII, que determinaram o fim das monarquias absolutistas e a sua substituição por governos solidificados sobre o princípio da legalidade ou a supremacia da lei, bem como a doutrina da divisão ou separação de poderes, cujo pleito era no sentido de não haver concentração das funções essenciais do Estado em uma única pessoa ou corpo de indivíduos⁴. Nesse contexto, o Estado de Polícia, marcado pela irresponsabilidade do rei cedeu lugar ao Estado de Direito, que no tocante ao tema em discussão, é caracterizado pela existência de normas limitadoras do exercício do poder. Um dos efeitos é o de que o agente público, nomeadamente aquele ocupante de cargo político, e que antes prestava conta de seus atos apenas ao rei, inclusive respondendo criminalmente quando descumprisse seus deveres, passa a ter obrigações com a sociedade⁵.

Tomando-se em conta estas referências históricas e perscrutando acerca de significados do termo responsabilidade, e para além do sentido lexical⁶, é certo dizer, como faz Pedro

⁴ Poder Legislativo, Poder Judicial e Poder Executivo, três instâncias que, no Estado absolutista, se reuniam na figura do rei.

⁵ JORGE REIS NOVAIS, ao referir-se ao período histórico em questão, pontua que o Estado absoluto foi a primeira manifestação do Estado moderno e conheceu duas fases distintas; a primeira é denominada de fase patrimonial, pois a concepção era de que o Estado é um bem que integra o patrimônio do Príncipe, cujo poder tem justificação divina; na segunda fase, o poder tem justificação racional e o Monarca não é mais visto como proprietário do Estado, mas um servidor seu e vocacionado a prover o bem estar dos súditos; para tanto, ele dispunha do poder de polícia no sentido de poder intervir, em nome da Razão, em todos os domínios da vida política, social, econômica e privada, sempre para a consecução do bem comum; por esta fundamentação, esta segunda fase, que teve seu apogeu no século XVIII, é denominada de Estado de Polícia. (In *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 16/17). MÔNICA NICIDA GARCIA assevera que, como resultado dessa transformação, o agente público deixa de ser representante e funcionário do rei, a quem devia fidelidade e obediência cegas; ele passa a ser ou pelo menos deveria passar a ser o funcionário do Estado, cuja existência só se justificava na medida em que atendesse ao interesse público, ao interesse da sociedade. (*Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 73/74).

⁶ A título de exemplo: qualidade de quem é responsável; obrigação de responder pelos próprios atos ou por aqueles praticados por algum subordinado; obrigação moral,

Lomba⁷, que em um sentido comum, responsabilidade diz respeito à condição ou qualidade de alguém em ser responsável, sendo pressuposto que esse alguém tenha capacidade de consciência quanto aos atos que pratica voluntariamente, ou seja, que consiga compreender, antes de agir, as consequências de sua vontade. Essa consciência impõe ao agente responsável ou portador da responsabilidade a obrigação de reparar os danos causados a outros decorrentes da prática de seus atos, quando lesivos a terceiros ou a bens jurídicos.

Nessa perspectiva, constata-se que a responsabilidade desempenha funções diversas no sistema jurídico⁸. Com efeito, e considerando-o na perspectiva da organização do Estado, a responsabilidade funciona como princípio; ela também é parâmetro decisivo na limitação do poder dos agentes que o exercem e, por fim, a responsabilidade é mecanismo de punição do agente infrator e de reparação de danos. Veja-se.

2.1.1. RESPONSABILIDADE COMO PRINCÍPIO

A responsabilidade funciona como princípio

jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções; dever imposto por lei de reparar os danos causados a outrem. (*Dicionário Michaelis*, versão eletrônica disponível em <http://michaelis.uol.com.br>., verbete “responsabilidade”). Ainda, o sujeito responsável o é por ter autoridade sobre alguém ou alguma coisa, ou por se achar em condições de liberdade e discernimento suficientes para responder pelos seus atos; ou por constituir causa de determinado acontecimento (Lomba, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 47).

⁷ *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

⁸ GOMES CANOTILHO ensina que a responsabilidade, como categoria conceitual publicística, vem se afirmando desde a década de 60, emancipando-se da perspectiva privada a partir da década de 70, ambas do séc. XX. No contexto do Direito Constitucional Português, o termo surge em vários contextos e com significados diversos: a) no sentido de responsabilidade civil das entidades públicas (artigos 22º, 165, nº 1 e 271º, nº 1); b) no sentido de responsabilidade político-criminal dos titulares de cargos políticos (artigos 117º, 130º, 157º, 196º e 216º) e c) no sentido de responsabilidade política (artigos 193º, 194º e 233º). (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 554/555).

constitucional atinente à organização e funcionamento do poder público. Com efeito, do princípio democrático decorre que, residindo a titularidade do poder político na soberania no povo - art. 3º, nº 1, da Constituição da República⁹ - os titulares dos cargos políticos, na condição de representantes e mandatados pelo povo, têm o dever de prestar contas; ou seja, administrando algo que não lhes pertence, os representantes do povo respondem pela forma como administram o poder¹⁰.

É nesse dever de prestar contas, de responder por aquilo que fizeram ou deixaram de fazer, ou que poderia ter sido feito, é que reside a noção de responsabilidade; isso traduz a ideia de que o exercício do Poder é um serviço, um mandato, sujeito a prestação de contas, e não um privilégio outorgado ao titular do cargo político. Nessa medida, a responsabilidade é efeito do princípio democrático¹¹.

Contudo, a responsabilidade não é afeta apenas aos titulares e ocupantes de cargos políticos, pois todos os que, de algum modo, envolvem-se no exercício do Poder têm responsabilidades por suas condutas e omissões¹².

2.1.2. RESPONSABILIDADE COMO MODO DE LIMITAÇÃO DO PODER

A responsabilidade também funciona como modo de limitação do poder¹³, e com este significado produz várias

⁹ “A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição”.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 32.

¹¹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 33.

¹² Sob a rubrica “*Responsabilidade dos funcionários e agentes*”, o artigo 271.º da Constituição da República prevê que os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

¹³ Na Constituição, o artigo 117.º trata do estatuto dos titulares de cargos políticos, e no nº 1 estabelece que “*Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e*

consequências.

Inicialmente, é certo que o exercício do Poder encontra-se sujeito aos princípios da responsabilidade civil e criminal, o que, em Portugal, vem expresso nos artigos 117º, nº 1 e 271º, nº 1¹⁴, ambos da Constituição da República.

Além disso, os titulares de cargos políticos encontram-se ainda sujeitos à responsabilidade política, o que também está expresso no nº 1 do artigo 117 da Constituição da República.

Também é de se pontuar que os funcionários e agentes públicos, não sendo titulares de cargos políticos, ainda estão sujeitos à responsabilidade disciplinar, conforme reza o nº 1 do artigo 271, e os titulares de cargos públicos competentes para a prática de atos financeiros públicos sujeitam-se, ainda, à responsabilidade por infrações financeiras, o que decorre do que consta no artigo 214, nº 1, da Constituição da República¹⁵.

Por fim, e na forma do artigo 22º da mesma Constituição, o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

2.1.3. RESPONSABILIDADE COMO MECANISMO PUNITIVO - RESPONSABILIDADE JURÍDICA

criminalmente pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções". Anote-se que o dispositivo integra o Título I (Princípios gerais) da Parte III da Constituição, que tem por objeto a organização do poder político.

¹⁴ Artigo 271.º (Responsabilidade dos funcionários e agentes). "*1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica*".

¹⁵ O artigo 214.º trata do Tribunal de Contas, prevendo no nº 1: "*O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente...*".

Conforme já enunciado acima, um dos significados comumente atribuídos ao termo responsabilidade é aquele que afirma que o agente responsável ou portador da responsabilidade tem a obrigação de reparar os danos causados a outros decorrentes da prática de seus atos, quando lesivos a terceiros ou a bens jurídicos.

Essa aceção traduz uma perspectiva punitiva ligada à responsabilidade. Nesse contexto, lança-se mão da proposição teórica formulada por H. HART¹⁶ com o intuito de evidenciar o exato sentido e conteúdo da responsabilidade assim concebida. Considera-se que há nela elementos que fornecem subsídios importantes para a elucidação da temática referente à responsabilidade do Presidente da República.

Na taxonomia apresentada por Hart a responsabilidade é concebida em quatro perspectivas: a funcional, a causal, a jurídica e a pessoal¹⁷; interessa de forma especial, para o presente estudo, a responsabilidade jurídica. Com efeito, a concepção de responsabilidade jurídica em Hart fixa-se no aspecto das consequências negativas advindas do comportamento de alguém que é responsável por algo; a fórmula proposta é esta: quando há uma relação naturalística entre a conduta de alguém e um certo

¹⁶ Assim como fez PEDRO LOMBA, in *Teoria da Responsabilidade* As citadas proposições constam na obra *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*.

¹⁷ Para H. HART, a *responsabilidade funcional* refere-se a uma função ou tarefa assumida por um sujeito - ao se afirmar que "A" é responsável por "X", identifica-se a tarefa pela qual "A" é responsável; ao mesmo tempo e neste significado funcional, faz-se uma apreciação sobre o modo de desempenho da tarefa: "A" agiu de modo responsável, este 'à altura de suas responsabilidades'; já a *responsabilidade causal* cuida da relação de causalidade entre, por exemplo, um comportamento imputado a alguém e o resultado assim produzido; pode ser assim formulada: "A" é responsável por "X", "A" é a causa de "X" e "X" é o resultado ou efeito da conduta de "A"; é uma responsabilidade histórica, pois se reporta a fato passado para definir se ele pode ser imputado ao sujeito que o praticou; por fim, a *responsabilidade pessoal* é a que se ocupa das condições de imputabilidade do agente, ou seja, das características psicológicas necessárias para que ele possa responder. (LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade*, p. 49/50).

resultado, o que interessa, em termos de definição jurídica da responsabilidade, é que esse alguém, por ter causado o resultado, é responsável pelas consequências negativas a ele ligadas, o que tem por efeito afirmar a obrigação, desse sujeito, pela reparação da falta e a compensação dos danos produzidos¹⁸.

Esse é um parâmetro útil na discussão sobre a responsabilidade do Presidente da República: se o referido “alguém” for o ocupante deste cargo, suas condutas poderão ser objeto de avaliação sob a perspectiva da produção de danos. Além disso, constatados estes e afirmada a obrigação de reparação/compensação, põe-se a questão da via a ser seguida para a responsabilização, apresentando-se, desde logo, dois caminhos: o da política e o do Direito Penal, o que demanda uma diferenciação entre eles, o que será feito a seguir, sem perder de vista que ambas são especificações da responsabilidade jurídica.

Até o ponto, portanto, é de fixar a seguinte ideia: a responsabilidade de que se vai cogitar é uma responsabilidade jurídica; não se trata de saber dos compromissos do Presidente da República sob o ponto de vista ético, moral, religioso, social ou de qualquer outra ordem. Chamá-lo a responder será para que assuma, tendo em conta atos que tenha praticado ou dos quais tenha se omitido, as consequências jurídicas.

2.2. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Definido que a abordagem cingir-se-á aos aspectos jurídicos da responsabilidade, cumpre afirmar que ela conhece e recebe várias especificações. Significa dizer que o Direito distingue vários domínios na aplicação do princípio da responsabilidade, como o da política, do campo criminal e do civil, havendo ainda a disciplinar e a financeira. Veja-se sucintamente a concepção de cada uma delas para, na sequência, fixar a discussão na responsabilidade política e criminal, pois é torno delas que se

¹⁸ LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 50.

manifesta a problemática do presente estudo.

Inicia-se com a responsabilidade civil, que se manifesta quando a atuação das estruturas decisórias públicas lesa, por ação ou omissão, a esfera jurídica de terceiros, impondo-lhes prejuízos de ordem econômica; a consequência é o dever de indenizar. É relevante, pois, o modo como o poder público é exercido, que deve ser no sentido de respeitar os direitos pessoais e patrimoniais dos destinatários da atividade pública¹⁹.

Em consequência, se o exercício do Poder é fonte de danos ou prejuízos, é obrigação desse Poder proceder ao ressarcimento. A responsabilidade civil, portanto, determina a obrigação de reparar os danos gerados pela atuação do poder público, e esse dever existe independentemente da licitude/validade ou ilicitude/invalidade da conduta adotada²⁰. A função principal dessa espécie de responsabilidade é impor aos titulares de qualquer órgão público a necessidade de, antes de decidirem ou se recusarem a decidir, fazerem um juízo de prognose, à luz dos princípios da necessidade e da proibição do excesso, sobre os possíveis efeitos lesivos de sua conduta na esfera privada e patrimonial das pessoas²¹.

A responsabilidade disciplinar é uma forma específica de apreciação da conformidade de condutas de funcionários e agentes administrativos, aqueles que exercem o Poder a título profissional, e permite a aplicação de sanções disciplinares, a partir de um juízo acerca do cumprimento da legalidade do ato praticado²². Pressupõe estruturas hierarquizadas, e a

¹⁹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 36.

²⁰ Na Constituição da República, como já referido, o artigo 22º é o fundamento da responsabilidade civil por atos ilícitos. Quanto aos atos lícitos/válidos, mas lesivos a posições jurídicas privadas ou subjetivas, consta no artigo 62º, nº 2: “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”. No âmbito infraconstitucional, vige a Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que “Dispõe sobre a responsabilidade civil extracontratual do estado e pessoas colectivas de direito público”.

²¹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 37.

²² OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 38.

responsabilização concretiza-se dentro da estrutura administrativa, estando ao encargo de um superior hierárquico e incide sobre o inferior hierárquico.

À responsabilidade financeira está sujeito todo aquele que administra patrimônio público, por meio de atos financeiros públicos; para estes, ela implica no dever de prestar contas acerca da atividade envolvida. A peculiaridade que apresenta diz com a natureza: além de punitiva/sancionatória, é, ao mesmo tempo, reparatória, pois a responsabilização implica no dever de reposição dos dinheiros gastos de modo ilegal ou irregular²³.

A responsabilidade política baseia-se numa apreciação ou juízo de conveniência, oportunidade ou mérito de condutas políticas, e dela decorre a obrigação para o titular do cargo político de informar, explicar, justificar e assumir os efeitos da conduta, bem como de suportar as críticas, ser levado a retificar a conduta ou mesmo perder o cargo de forma sancionatória. A responsabilidade política, como forma de responsabilidade jurídica, mostra-se independente do conceito de ilicitude e dispensa o apuramento da culpa do sujeito responsável, ou seja, é um tipo de responsabilidade alheio às idéias de dolo e de negligência do titular do órgão, sendo, assim, tipicamente objetiva²⁴.

Por fim, a responsabilidade criminal é aquela disciplinada pelo Direito Penal, pressupondo a existência de prévia lei que tipifica condutas como criminosas e prevê o sancionamento; este, em regra e em termos típicos, importa na privação da liberdade individual de locomoção e, nesta medida, é a mais grave das sanções jurídicas aplicáveis; esta circunstância, por sua vez, determina que o manejo da responsabilidade criminal seja

²³ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 39.

²⁴ Para GOMES CANOTILHO, a responsabilidade político-constitucional não tem nada a ver com os conceitos da culpa pessoal, dolo ou negligência. Um Ministro que possui poderes de direção, superintendência e tutela, pode não ser disciplinar ou criminalmente responsável por decisões erradas, falhas nos serviços ou comportamentos ilegais dos órgãos, funcionários ou agentes de seu Ministério, mas isso não impedirá eventualmente a sua responsabilidade política pelas disfunções verificadas nesses mesmos serviços. (*Direito Constitucional ...*, p. 555).

reservado para os comportamentos que mais gravemente ofendem valores básicos da socialidade.

Trata-se de noções apenas gerais e, como já referido, há um vasto campo problemático no relacionamento entre a responsabilidade política e a criminal, que se impõe apresentar como pressuposto da correta identificação do regime jurídico da responsabilização criminal do Presidente da República. Por isso, na sequência, são abordadas estas duas espécies de responsabilidade para, por fim, fixar as preocupações exclusivamente na responsabilidade criminal.

3. RESPONSABILIDADE CRIMINAL E POLÍTICA: CONEXÕES E DISTINÇÕES

3.1. CONEXÕES ENTRE AS RESPONSABILIDADES POLÍTICA E CRIMINAL

Matéria que apresenta dificuldades é estabelecer, com alguma segurança, o âmbito de incidência de cada uma das espécies de responsabilidade acima indicadas, mas em especial a política e a criminal, sendo certo que entre estas há conexões, mas também distinções que conduzem à separação entre elas²⁵.

Desde logo, é importante anotar que, em termos

²⁵ MARIA F. PALMA ensina que o Direito Constitucional comparado revela os modos de sancionar as faltas cometidas por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções, distinguindo responsabilidade penal e política. A comparação dos sistemas permite visualizar: a) um sistema em que a Constituição prevê diretamente infrações e sanções, incluindo o *impeachment* ou perda de mandato pela prática de determinadas infrações; b) um sistema em que a Constituição remete para lei ordinária especial a previsão de infrações e sanções; nesse contexto, pode haver a previsão de crimes próprios, aqueles que só podem ser praticados por detentores de cargo político ou público, e crimes comuns, que podem ser praticados por qualquer pessoa e, se praticados por aqueles, tem a sanção agravada; c) um sistema em que a Constituição deixa em aberto a matéria da definição das infrações e das sanções, fazendo incidir o Direito Penal comum. Qualquer que seja o sistema, deve ser observado o princípio da separação de poderes. (“Responsabilidade Penal e Responsabilidade Política”. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*. Nº 1, jan-jun/2015, p. 10)

históricos, foi sob feições penais que a responsabilidade desenvolveu-se inicialmente, em especial na experiência e realidade britânica anterior e até o século XVII. Com efeito, a Inglaterra conheceu dois institutos jurídicos, o *Bill of Attainder* e o *Impeachment*, que representavam uma jurisdição penal exercida pelo Parlamento. O primeiro, que foi aplicado desde 1321 até o final do século XVIII, permitia a aplicação de qualquer espécie de sanção, como civis, políticas e criminais, incluindo a pena de morte²⁶. O *impeachment* era uma alternativa ao *Bill of Attainder* e era comumente utilizado para punir nobres e frequentadores da corte que traíssem a confiança da nação; mas, a Câmara dos Comuns poderia utilizá-lo para iniciar ação penal contra qualquer pessoa, para posterior julgamento pela Câmara dos Lordes. DIEZ-PICAZO acentua a importância, para esse instituto, a *Vox populi*: trata-se de uma autêntica exceção ao curso da jurisdição ordinária para instaurar processos penais atendendo ao clamor público²⁷. Para diferenciar o *impeachment* do *Bill of Attainder* o mesmo autor afirma que para aquele era exigida a imputação da prática de um delito e, ao invés de seguir um procedimento puramente legislativo, como ocorria no *Bill of Attainder*, seguia-se um procedimento em muito aproximado ao um “verdadeiro processo”²⁸, do que se pode concluir que se assemelhava ao processo penal realizado na justiça comum.

De qualquer modo, importa acentuar que tais procedimentos, tendentes à responsabilização de Ministros e outros agentes políticos, tinham feições mais criminais do que políticas, não obstante representarem meios de exercício de uma jurisdição parlamentar. É nesse contexto que se insere a afirmação de MANUEL SANCHES DÍOS²⁹ de que a responsabilidade

²⁶ DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Criminalidade de los Gobernantes*. Barcelona: Editora Crítica, 1996, p. 54.

²⁷ DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Criminalidade ...*, p. 55.

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Criminalidade*, p. 55.

²⁹ DÍOS, Manuel SACHez. *La moción de censura*. Madrid: Edição do Congreso de los Diputados, 1992, p. 45.

política surgiu de um processo de diferenciação da responsabilidade penal, o que evidencia que esta é anterior. Ou seja, os procedimentos de responsabilização penal dos governantes, notadamente aqueles outrora adotados na realidade britânica, evoluíram para uma politização da sanção criminal, ou, conforme pontua PEDRO LOMBA, houve uma politização gradual de um procedimento criminal³⁰.

Em que pese isso, não há como negar, mesmo naquela realidade, uma articulação entre a responsabilidade política e a criminal, e esta circunstância não passou despercebida de quem se ocupava do tema. MICHEL TROPER³¹, a propósito desta questão, assevera que a responsabilidade penal é definida pelo fato de incidir sobre o governante na forma de um particular procedimento, incluindo uma fase de acusação e outra fase de julgamento, e disso resulta uma pena. A responsabilidade política, por sua vez, é exercida a propósito de uma divergência política entre uma assembleia e um governo, de acordo com processo político, uma decisão por maioria da assembleia, o que se traduz em uma sanção política. Já em OLIVER BEAUD³² lê-se que a responsabilidade penal é tendencialmente individual, ao passo que a política é tendencialmente coletiva, pelo menos num sistema parlamentar. MARIA F. PALMA³³ também adverte que há um campo em que os dois tipos de responsabilidade se entrelaçam. Nesses casos, é necessário identificar quando a responsabilização política basta, e quando é necessário recorrer aos

³⁰ “O caso inglês é elucidativo porque a responsabilidade política foi construída, em Inglaterra, à custa da politização gradual de um procedimento criminal: o *impeachment*. (Teoria da Responsabilidade..., p. 53).

³¹ TROPER, Michel. “Responsabilité Politique et Formation Gouvernementale”. In *La Responsabilité des Gouvernants*. BEAUD Oliver e BLANQUER, Jean-Michel. (Coord.) Paris: Editeur Descartes & Cie 1999, p. 33.

³² BEAUD, Oliver. “La responsabilité Politique face à la concurrence d’autres formes de responsabilité des gouvernants. Pouvoirs”. In *La Responsabilité des Gouvernants*, nº 92, janvier 2000, p. 26

³³ “Responsabilidade Penal e ..., p. 11. Segundo a autora, “a vinculação excessiva, sem critérios estritos, precisos, objetivos e definidos *ex ante*, do poder político ao poder judicial pode afetar a representatividade democrática”.

instrumentos do Direito Penal; pois a confusão entre ambas pode afetar a separação e interdependência dos poderes e provocar uma excessiva judicialização do poder político, que afeta a representatividade democrática.

Por tais motivos, há relevância em distinguir, apesar de conectadas, as duas espécies de responsabilidade e, nesse processo, a doutrina francesa teve importante papel, em especial com os estudos realizados por BENJAMIN CONSTANT, MAURICE HAURIOU, CARRÉ DE MALBERG e OLIVER BEAUD. Os dois primeiros defendiam ser impossível separar as duas espécies de responsabilidade, defendendo, pois, um tipo unificador de responsabilidade que superasse a dicotomia entre elas, considerando em especial a natureza dos atos geradores da responsabilização e dos objetivos perseguidos com o respectivo procedimento. Uma posição em sentido inverso, defendida por OLIVER BEAUD, pretende separar as duas espécies, com a indicação e definição do âmbito de incidência de cada uma delas.

BENJAMIM CONSTANT³⁴, com efeito, propunha engajar a responsabilidade política - decorrente do mau uso do poder por conta de erros, negligências e políticas equivocadas - no campo criminal, numa estratégia de introduzir mecanismos de limitação do poder e controle da atividade governativa. A responsabilidade dos Ministros não era uma pura responsabilidade penal, assim como não era puramente política; opunha o exercício legal do poder ao exercício ilegal e, quando o Ministro agisse de forma ilegal, era equiparado a um cidadão qualquer: todos os atos ilegais são estranhos às funções ministeriais porque estas conferem apenas poder legal; em consequência, a discussão sobre a responsabilidade do Ministro não diz respeito aos atos ilegais por ele praticados, pois estes eram delitos comuns julgados pelos tribunais comuns; o campo de incidência da responsabilidade é, portanto, o mau exercício de um poder legal, isto é, o

³⁴ CONSTANT, Benjamim. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Paris: Librairie de Guillaumin, 1872, p. 384 e seguintes.

exercício medíocre, defeituoso e negligente das competências executivas. Para este autor, portanto, não havia razões para distinguir as duas espécies de responsabilidade.

MAURICE HAURIOU³⁵, por seu turno, caracterizava como política a responsabilidade criminal e parlamentar dos ministros, de modo que também ele considerava não haver justificativa para a dicotomia entre as duas, asseverando que o cometimento de crimes durante o exercício de funções ministeriais confere, por este fato, natureza e essência política a tais crimes. A partir desta concepção, propõe uma divisão, numa perspectiva puramente orgânica, entre a responsabilidade criminal a ser processada perante a Alta Corte de Justiça (Supremo Tribunal de Justiça), e a responsabilidade parlamentar, processada perante as Câmaras do Parlamento.

Observa-se, portanto, em BENJAMIM CONSTANT e MAURICE HAURIOU uma tentativa de unificar as responsabilidades política e criminal, ambas emergentes da violação das leis e do exercício desviado dos poderes e competências. E, numa linha de raciocínio parecida, aparece CARRÉ DE MELBERG³⁶, que centra a discussão nos objetivos perseguidos com o procedimento de responsabilização criminal e política, observando, a partir desse critério, que os delitos praticados pelos Ministros ensejam responsabilização criminal; mesmo assim, percebe duas espécies de delitos, a ensejarem procedimentos distintos: uma de delitos políticos, a serem julgados por tribunal político, nos termos da Constituição, e outra, de crimes propriamente ditos, a serem julgados por órgão da jurisdição comum.

Contudo, com o passar do tempo, desenvolveu-se e prevaleceu a posição diferenciadora ou de distinção entre elas³⁷. E,

³⁵ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 10^è édition. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1930, p. 134-137.

³⁶ MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la Theorie Generale de L'etat*. Paris: Centre National de AL Recherche Scientifique, 1920, p. 784 e seguintes.

³⁷ Conforme observado por MARIA F. PALMA, em termos históricos, Benjamim Constant e Maurice Hauriou unificavam as duas espécies de responsabilidade,

na construção teórica da separação, e novamente na doutrina francesa, OLIVER BEAUD³⁸ desenvolveu importantes bases para esta perspectiva, sustentando a completa separação entre a responsabilidade penal e a política a partir de três critérios: a) a natureza do tipo responsabilizador, b) o procedimento para a aplicação das sanções e, c) o tipo de sanção. Essa posição veio a ser adotada, tratando-se dos elementos no geral citados e usados para fazer a diferenciação, e por isso serão a seguir descritos, por se concordar com esse modo de abordar a temática.

3.2. DISTINÇÕES ENTRE AS RESPONSABILIDADES POLÍTICA E CRIMINAL

Para a distinção entre as duas espécies de responsabilidade, como visto, são propostos os três critérios recém citados. Considera-se, entretanto, que há mais um, que se relaciona à forma de cominação das condutas proibidas e das sanções, razão pela qual a análise será feita a partir destes quatro parâmetros.

3.2.1. NATUREZA DO FATO RESPONSABILIZADOR

Sobre a natureza do fato responsabilizador, a responsabilidade política situa-se na violação, pelos titulares de cargos políticos, do acordo estabelecido entre eles e os cidadãos por eles representados³⁹. A assertiva relaciona-se com o princípio da

emergentes quando da violação das leis e com o exercício desviado dos poderes e competências. Mas, outra tendência, fundada na ideia de separação de poderes preconizada por Montesquieu, separa a responsabilidade política da criminal, o que tem como consequência a necessidade de definição dos órgãos acusadores e julgadores em cada caso. (Responsabilidade Penal e ..., p. 12).

³⁸ “La responsabilité Politique...”, p. 28 e seg.

³⁹ PAULO BROSSARD, um dos destacados juristas brasileiros e que ocupou vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal, destaca que a responsabilidade política está intimamente ligada à democracia: “*embora possa haver eleições sem democracia, parece certo que não há democracia sem eleições. Mas, a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois (...) as autoridades designadas para exercer o governo devem responder pelo uso que dele*

representação⁴⁰, próprio dos regimes de democracia representativa, e que é conectado ao sufrágio eleitoral. Nesse modelo, os titulares dos cargos políticos são escolhidos por meio de eleições, e por isso mesmo não são independentes dos eleitores; pelo contrário, vinculam-se aos juízos que emitem e ao modo de desempenho do cargo, devendo prestar contas àqueles e sujeitar-se às consequências de eventuais juízos negativos sobre o seu desempenho.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁴¹ asseveram que a responsabilidade decorrente da representação manifesta-se de modos distintos, sendo estas as principais: *difusamente*, a responsabilidade concretiza-se a) pela crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais, o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas na gestão dos assuntos públicos, b) nas eleições no final dos mandatos, com a reeleição ou não recondução dos candidatos, e c) por meio de eleições para outros órgãos com significado político relevante; *institucionalmente*, ou de forma inter-orgânica ou responsabilidade-fiscalização, a

fizerem”. (PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment: aspectos políticos da responsabilidade política do Presidente da República*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965, p. 09). Também MARIA F. PALMA considera a violação, pelos titulares de cargos políticos, do acordo estabelecido entre eles e os cidadãos por eles representados o fundamento da responsabilidade política. (“Responsabilidade Penal e ..., p. 14).

⁴⁰ GOMES CANOTILHO, ao tratar do princípio da representação, conecta-o com a concretização constitucional do princípio democrático; a representação, ademais, tem um sentido formal, constituído pela delegação da vontade do povo, por meio de eleições, a representantes, e um sentido material, que se relaciona com um conteúdo dos atos praticados pelo órgão representativo: quando justos tais atos, permite-se aos cidadãos, mesmo com suas diferenças, se reencontrarem nos atos de seus representantes. A representação, assim concebida, é várias coisas ao mesmo tempo: a) é atuação [cuidado com os interesses dos cidadãos], b) disposição para responder [sensibilidade dos representantes para decidirem de acordo com os desejos e necessidades dos representados], c) é processo dialético entre representantes e representados [no sentido de atualizar os interesses universalizáveis do povo]. (*Direito Constitucional e ...*, p. 292/294).

⁴¹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 320.

responsabilidade manifesta-se por meio dos Poderes e pelo direito de oposição; esta última não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim dos partidos políticos, decorre do exercício comum ou coletivo das liberdades fundamentais e da necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

Já a responsabilidade criminal assenta na violação de bens e direitos essenciais para a vivência democrática - bens jurídicos⁴². Assim, legitima-se a aplicação de penas restritivas de liberdades fundamentais quando isso se mostra necessário para proteger esses bens e direitos essenciais.

De fato, embora a definição das funções do Direito Penal seja matéria controversa, com proposições variadas⁴³, a tendência atual é afirmar que o papel deste ramo do Direito liga-se à proteção de bens jurídicos⁴⁴. Por isso, a discussão sobre a responsabilidade criminal dos ocupantes de cargos políticos não pode dispensar a tarefa de identificar os valores ou bens que, pela estatura que têm para a vivência social democrática, merecem a tutela deste ramo do Direito.

Nessa lógica e com efeito, o Direito Penal tem sido pensado a partir dos fins das penas criminais e relaciona-se com os fundamentos perenes de uma sociedade democrática e seus bens essenciais - os individuais, como a vida, a integridade física e as liberdades em geral, e os coletivos e sociais, como a Justiça, o Estado de Direito, o ambiente, etc.⁴⁵.

⁴² De acordo com MARIA F. PALMA, o Estado de Direito democrático exige a observância de princípios de Direito Penal, notadamente para, por meio da identificação clara de bens jurídicos, preservar o exercício do poder político; também deve ser considerado o grau de violação de deveres para legitimar a intervenção do Direito Penal, assim como é necessário considerar o elemento subjetivo nas respectivas infrações. (Responsabilidade Penal e ..., p. 17).

⁴³ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 35

⁴⁴ Conforme preleciona LUIZ RÉGIS PRADO, [...] *Na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma* – “princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos”. (PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 28/9).

⁴⁵ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal e ...,” p. 13.

Em termos teóricos, na estrutura do tipo penal, tal qual formulado modernamente, distingue-se uma parte objetiva e outra subjetiva. Naquela, aparecem como elementos necessários o sujeito, a conduta externa e o objeto/bem jurídico, tratando-se de elementos que estão presentes na estrutura de qualquer tipo penal. No tocante ao objeto jurídico do delito, trata-se do dado em que se visualiza o bem ou o valor que o legislador, por meio da norma penal incriminadora, quer proteger, podendo ser um objeto físico, a qualidade de uma pessoa ou mesmo algo imaterial. É comum a afirmação no sentido de o bem protegido ser indispensável para o ordenado convívio humano, e somente por isso é justificada e legitimada a tipificação das condutas tendentes a colocá-lo em grave perigo ou mesmo ofendê-lo.

A importância do bem jurídico é captada sob dois enfoques. O primeiro é o político-criminal, em que serve para determinar os rumos do Direito Penal - a definição do bem jurídico resulta da transcendência política do Direito Penal, no sentido de os bens jurídicos revelarem uma opção político-criminal; o segundo enfoque é o dogmático, para apreender e identificar os objetos concretos da tutela penal, o que se conhece por conteúdo material do crime, isto é, o valor que se busca proteger por meio do Direito Penal⁴⁶. Nesse campo, o conceito permite distinguir comportamentos que não atentam contra um bem jurídico relevante a ponto de dispensar-lhe proteção penal, sendo suficiente aquela prevista por outros ramos do ordenamento jurídico.

Em termos conceituais, há diversas definições para o bem jurídico. Trata-se dos pressupostos de que a pessoa precisa para sua auto-realização na vida social, aderindo à idéia dos

⁴⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287. Sobre o primeiro dos enfoques, este autor afirma: [...] a noção de bem jurídico-penal é de capital relevância para a definição dos rumos do Direito Penal, principalmente em tempos de construção oportunista das normas repressivas que levam o sistema penal a representar cada vez mais fortemente o papel de instrumento de terror posto pelo Estado para exercício do controle e poder social, arruinando o tão bem e demoradamente arquitetado sistema de direitos e garantias individuais e coletivos ao longo dos séculos.

interesses vitais, dentre os quais a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade, etc.⁴⁷; são os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade que, em virtude da especial importância para a comunidade, requerem proteção jurídica⁴⁸; valores indispensáveis para a convivência humana na comunidade e que devem ser protegidos pelo poder coativo do Estado através da pena pública, como é o caso da vida, a integridade corporal, a liberdade, a propriedade, o patrimônio, a integridade moral dos funcionários, a ordem constitucional, a paz pública, entre outros⁴⁹; pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, caracterizadas por situações valiosas, como a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade, etc.; além disso, deve o Estado social proteger, através do Direito Penal e se necessário, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado⁵⁰.

Na doutrina portuguesa, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁵¹ entende que num Estado de Direito material deve caber ao Direito Penal uma função exclusiva de proteção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime.

Na doutrina brasileira, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO leciona que bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de

⁴⁷ CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1196, p. 58/61.

⁴⁸ WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral - Aspectos Fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976, p. 2/3.

⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Española de Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 9/13.

⁵⁰ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal – Parte General*. Barcelona: PPU - Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, p. 102/106.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 42/56.

ataque ou a lesões efetivas. Afirma que ele teve lenta elaboração teórica, no objetivo de fixar um conteúdo material para o injusto típico, assinalando que, inicialmente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (Fauerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de interesses vitais (final do séc. XIX); por fim, a conclusão de que o conteúdo material do injusto típico reside na lesão ou a exposição a perigo de um bem jurídico⁵². Para HELENO CLÁUDIO FRAGOSO o bem jurídico é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Assim bem jurídico é um bem protegido pelo Direito, um valor da vida humana que o Direito reconhece e a cuja preservação é disposta a norma⁵³.

Para além da conceituação, outra temática relevante relaciona-se com as funções do bem jurídico. Com efeito, se ao Direito Penal cabe a função de tutelar esses bens, importa compreender os papéis que ele desempenha e que o tornam útil na tarefa tributada ao Direito Penal de protegê-los. E, embora não haja unanimidade doutrinária relativamente a estas funções, algumas constantes podem ser verificadas.

A primeira é a função de garantia, por meio da qual intenta limitar a atuação penal do Estado. Trata-se do compromisso do legislador penal de não tipificar senão as condutas graves que lesem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Esta função tem especial relevância no âmbito do Estado democrático e social, para garantir uma dimensão material para a norma penal: somente as condutas que afrontem bens jurídicos podem ser criminalizadas, o que é revelado pelo adágio *nullum crimen sine injuria*. Tal função, de caráter político-criminal,

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 47.

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 79.

limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. É o sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais⁵⁴, papel que ele exerce na individualização legislativa, no momento da cominação penal⁵⁵.

Outro dos papéis tributados ao bem jurídico é a denominada função teleológica, interpretativa ou exegética: o bem jurídico revela-se como um critério de interpretação dos tipos penais, condicionando o sentido e alcance da sua proteção. Ou seja, revelando o núcleo do tipo penal, o bem jurídico se converte na chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento⁵⁶. Portanto, o ele é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos⁵⁷, cabendo ao intérprete, na aplicação da lei penal, fazê-lo tendo em conta o bem jurídico⁵⁸.

O bem jurídico, portanto e em conclusão, revela os valores as serem protegidos pelas normas penais e, no particular dos crimes praticados por ocupantes de cargos políticos, há a necessidade de, na perspectiva posta, cingir o alcance das normas penais aos ataques a relevantes valores sociais e democráticos. É, assim, um comando dirigido ao legislador para o momento da tipificação de comportamentos como criminosos, e também ao juiz que, diante de um concreto processo penal, deve apurar se a

⁵⁴ PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

⁵⁵ Esta perspectiva limitadora quanto ao uso do Direito Penal faz com que este se legitime somente quando for indispensável para a proteção do bem jurídico. Sendo a pena criminal representativa da reação mais forte da comunidade, a ele deve recorrer o legislador em último lugar, não podendo ser utilizada quando outros meios, mais suaves e menos drásticos, bastem para alcançar a inibição da conduta indesejada, e essa limitação da forma penal de punir as ilicitudes apreende o Direito Penal como última *ratio*, matéria que será melhor desenvolvida na sequência.

⁵⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional ...*, p. 342.

⁵⁷ PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, p. 48/49.

⁵⁸ RODRIGO SÁNCHEZ RIOS preleciona que [...] *na elaboração do tipo o legislador estará sempre voltado ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, a determinação e análise do bem jurídico protegido constituirá excelente meio de interpretação para compreender a finalidade específica do texto legal.* (RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 37/38).

conduta denunciada efetivamente causou danos ao valor protegido por meio da norma penal.

Em síntese do tópico, os fundamentos da responsabilidade política situam-se no princípio da representação, que produz uma vinculação dos representantes aos representados, e também no vínculo institucional dos titulares dos cargos políticos com os órgãos de poder⁵⁹. Já a responsabilidade penal está centrada em valores, e a sua concretização se justifica quando há o desrespeito e ofensa aos bens essenciais da liberdade e à organização democrática da sociedade - os fundamentos ético-sociais do Estado Democrático de Direito. Assim:

NATUREZA DO FATO INCRIMI- NADOR	Responsabilidade política	Violação do acordo político	
	Responsabilidade criminal	Violação de bens jurídicos	Valores essenciais para o convívio social
			Funções de garantia (limites) e teleológica (interpretação)

Em consequência, e ao menos em tese, basta a responsabilização política quando decisões políticas, tomadas com boa-fé e para o presumível bem comum, produzirem resultados indesejados; também quando a decisão política optou por um dos valores ponderados em detrimento de outros⁶⁰. Eventuais resultados nefastos dessas decisões devem submeter-se aos ditames da responsabilidade política. Contudo, é admitida a responsabilização criminal quando, por exemplo, do abuso de poder, da

⁵⁹ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal...”, p. 11.

⁶⁰ MARIA F. PALMA, referindo Satzger: afasta-se a possibilidade de responsabilização penal sempre que decisões políticas forem tomadas com boa-fé e para o presumível bem comum, ou quando, em decisões políticas tomadas em contexto de ponderação de valores, prefere-se uns em detrimento de outros. (“Responsabilidade Penal e ...”, p. 14).

corrupção e do tráfico de influência, situações que revelam o exercício do poder em proveito de interesses particulares. Em casos tais, há a violação concomitante da representação e de bens essenciais da comunidade, permitindo que as duas espécies de responsabilização sejam viáveis⁶¹.

3.2.2. TIPOS DE SANCIONAMENTO

O tipo de sancionamento também é critério para fazer distinção entre fatos que demandam a responsabilização criminal e aqueles para os quais basta a responsabilização política. Com efeito, a prática de ilícito penal enseja a imposição de pena privativa da liberdade, sanção mais grave prevista nos ordenamentos jurídicos em geral, e por esse motivo exige-se parcimônia na sua aplicação. No âmbito da responsabilização política, o sancionamento poderá importar na demissão ou perda do cargo ocupado, o que, embora não seja desprezível, tem grau de gravidade menor do que a sanção que afeta a liberdade de locomoção⁶².

Assim, a relação entre as duas hipóteses de responsabilização, tendo como parâmetro o tipo de sancionamento, é de gravidade: a sanção penal é mais grave que a política⁶³. Essa

⁶¹ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal e ...”, p. 14). A autora ensina, também, que os jusracionalistas (Grotius e Pufendorf) e as concepções contemporâneas tributárias da tradição utilitarista da pena (Roxin, Jakobs), situam a intervenção penal na proteção a bens e direitos essenciais para a vivência democrática. (p. 11/12).

⁶² PEDRO LOMBA, embora assevere que “*a convivência entre o conceito de sanção e responsabilidade política está longe de ser resolvida*”, mais adiante sustenta que “*a responsabilidade sancionatória é uma das modalidades possíveis de responsabilidade política, aquela que reveste maior dramatismo e consequências. A ideia correspondente é a ruptura da relação de confiança entre os sujeitos da responsabilidade política e, em consequência, à obrigação de esse sujeito se demitir. Grande parte da função dissuasora da responsabilidade política provém do sistema de sanções político-constitucionais (moção de censura, demissão, dissolução). Apesar de condicionadas por condições políticas especiais (...), essas sanções constituem uma ameaça permanente para os sujeitos responsáveis*”. (*Teoria da Responsabilidade...*, p. 129/130).

⁶³ MARIA F. PALMA, ao tratar de critérios para a tipificação de infrações e

assertiva traz consigo algumas consequências e mobiliza um conceito geral de política criminal ao qual se dá o nome de princípio da intervenção penal mínima: o Estado só pode intervir na sociedade com as sanções penais quando todos os outros meios de controle falharam, revelando-se assim o caráter subsidiário, acessório e fragmentário do Direito Penal.

Os postulados que serviram de base para a estruturação das sociedades modernas são essencialmente liberais, e propugnam que os indivíduos têm o direito de atuarem livremente na vida social e se autodeterminarem, encontrando limites somente naquilo que é expressamente proibido, ocorrendo a inserção, nas legislações, da regra segundo a qual é lícito aos cidadãos praticarem qualquer ato, exceto aqueles que forem proibidos pelo Estado, devendo tal proibição ser expressa nesta que é a sua típica forma de manifestação: a lei⁶⁴.

Trata-se de princípio aplicável ao Direito como um todo, mas de modo especial ao Direito Penal, cuja função é elencar as condutas em mais alto grau nocivas e perniciosas à convivência social, razão pela qual lhes são acopladas penalidades mais graves. De fato, o ordenamento jurídico de qualquer Estado prevê um sem número de condutas ilícitas, que assim são pela previsão de sanções aos seus autores. Os ilícitos penais, contudo, diferenciam-se dos de natureza extra-penal - civil, administrativa, etc. - pela gravidade e alcance das suas sanções: atingem bens jurídicos de máxima relevância, como é a liberdade, bem jurídico de maior valia depois da própria vida⁶⁵.

configuração das sanções para desvios no exercício de cargo político, assevera que o primeiro elemento a considerar é a gravidade das infrações; com efeito, a sobreposição da responsabilidade penal à política só se admite diante de um quadro de efetiva gravidade da conduta, para evitar o uso político da jurisdição penal. (“Responsabilidade Penal ...”, p. 10).

⁶⁴ É esse o sentido das disposições constitucionais que enunciam regra no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁶⁵ A origem deste postulado situa-se no final do século XVIII, e está inserida no contexto de afirmação política da classe burguesa. O pensamento liberal, forjado pelo

Esta noção de gravidade das sanções de que se revestem as condutas relevantes para o Direito Penal gerou a idéia de que este ramo do direito somente pode ser utilizado quando todos os outros meios de controle se mostraram inócuos; trata-se de uma obrigação negativa para os Estados que, no exercício da função reguladora da vida social, devem esgotar as tentativas de obtenção dos comportamentos desejados por intermédio de outros meios de controle. Somente no caso de falharem todos, é que se legitima o apelo ao Direito Penal: justamente por ser ele a mais enérgica manifestação do poder estatal, deve ser utilizado só e exclusivamente diante de ataques de real gravidade ao conglomerado social e em assuntos que vulnerarem princípios básicos do sistema jurídico⁶⁶.

O princípio da intervenção mínima é, de modo geral, admitido nas legislações modernas, notadamente nas Constituições em que são inseridos princípios pertinentes ao Direito Penal, alguns de forma explícita - legalidade, personalidade da pena, humanidade, etc. - e outros implicitamente, passíveis de serem deduzidos das normas constitucionais. Ao preverem a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança, entre outros,

movimento Iluminista, questionou seriamente as instituições então vigentes, sendo oportuno consignar que no campo do Direito Penal vigorava uma justiça repressiva e vingativa, com penas atrozes e meios violentos de formação da culpa. Na elaboração de novos postulados no âmbito do Direito Criminal, destacou-se CESARE BECCARIA, cujas formulações denunciaram o caráter minuciosamente abrangente das legislações então vigentes, asseverando que a proibição de enorme quantidade de condutas indiferentes era fator de multiplicação de crimes e não meio de prevenção destes crimes. (In *Dos Delitos e das Penas*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014 p. 25). Estas formulações foram recepcionadas na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão que, no artigo 8º, prevê que “*a lei somente deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”. É a expressão da máxima Iluminista no sentido de reduzir a legislação em geral e, especialmente, a penal, a poucas, claras e simples leis.

⁶⁶ Nilo Batista, nesse ensejo, assevera que “*O Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito*”. (BATISTA, Nilo Batista. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 85).

além de elegerem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito⁶⁷, a restrição ou privação destes direitos invioláveis somente se legitima se a sanção penal for estritamente necessária para a tutela de bens fundamentais do homem, assim como a de bens instrumentais indispensáveis para sua realização social⁶⁸.

O princípio da legalidade determina que a punição criminal esteja condicionada à existência prévia de lei incriminadora da respectiva conduta. Este princípio, entretanto, é incapaz de evitar que o legislador, observando a legalidade, crie figuras delitivas iníquas ou desnecessárias, bem como penas desproporcionais e que desrespeitem a dignidade humana. Para impedir tais anomalias, imprescindível a afirmação de um critério limitador do poder legiferante e do arbítrio legislativo, fornecido pelo princípio da intervenção mínima⁶⁹.

Ao princípio da intervenção penal mínima estão agregados três sub-princípios: o caráter subsidiário Direito Penal, o caráter fragmentário do Direito Penal e o postulado da necessidade da pena.

O caráter subsidiário ou acessório do Direito Penal é representativo da premissa segundo a qual este ramo jurídico somente deve ser empregado para a proteção de bens jurídicos em forma subsidiária, como *ultima ratio*, reservando-se para aqueles casos em que seja o único meio de evitar um mal ainda maior. As normas penais, portanto, são normas excepcionais, aplicadas onde não há outra possibilidade de conservação da segurança, da

⁶⁷ É o caso da Constituição da República, no art. 1º, e da Constituição brasileira, no artigo 1º, III.

⁶⁸ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 26.

⁶⁹ Há uma conexão do princípio da intervenção penal mínima com a noção de bem jurídico: a criminalização somente pode incidir sobre as condutas ofensivas a um bem jurídico, a ser protegido pelo poder coativo do Estado por meio da pena pública. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. “Princípios Fundamentais do Direito Penal”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, nº 15, julho-setembro de 1996, p. 81-88, p. 82.

paz e da ordem social.

A tarefa imediata do Direito Penal, de fato, é proteger bens jurídicos. Contudo, neste propósito está empenhado todo o ordenamento jurídico, pois, além dos ilícitos penais, há os civis, os administrativos e outros, com as respectivas sanções. Mas, caso estas últimas se revelem insuficientes, podem ser utilizadas as sanções penais. É nisso que se revela a subsidiariedade ou acessoriedade do Direito Penal: onde a proteção dos outros ramos do direito esteja ausente, falhar ou for insuficiente e se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico for relevante e grave, pode e deve o legislador lançar mão do Direito Penal, como *ultima ratio regum*⁷⁰. Em síntese, o Direito Penal tem fisionomia subsidiária porque a sua intervenção só se justifica quando fracassaram os meios protetores do bem jurídico predispostos por outros ramos do direito⁷¹.

No tocante ao caráter fragmentário do Direito Penal⁷², como visto, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal. Contudo, o crime deve sempre ser um fato ilícito para todo o Direito; dentre todos os fatos ilícitos possíveis, somente alguns, os mais graves, são alcançados pelo Direito Penal⁷³; este ramo jurídico não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema

⁷⁰ Para MARIA F. PALMA, há, pois uma ideia de excepcionalidade e de subsidiariedade do Direito Penal, associada à proteção de bens essenciais, originada na luta contra os malefícios das penas cruéis e excessivas e pela legitimação material do Direito Penal, tendo nos iluministas Beccaria, Feuerbach e Von Liszt os precursores. O Direito Penal, sob esta ótica, desenvolveu-se como um direito de cunho garantístico do indivíduo contra o Estado e seu poder punitivo, um direito limitador do crime e da pena, cujo uso somente é justificado em último caso. (“Responsabilidade Penal ...”, p. 13).

⁷¹ LUISI, Luiz. *Os Princípios ...*, p. 39.

⁷² Quem se ocupou pela primeira vez do caráter fragmentário do Direito Penal foi BINDING que, contudo, se preocupava com a superação desse caráter em função das lacunas decorrentes da fragmentariedade. Modernamente, ao contrário, são reconhecidas as virtudes políticas dessa característica do Direito Penal. Nesse sentido: BATISTA, Nilo Batista. *Introdução Crítica ...*, p. 86.

⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos...*, p.14/15.

descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los por ser este o meio indispensável de tutela jurídica⁷⁴. Este ramo do Direito, portanto, só se ocupa de fragmentos das ações proibidas e de alguns bens jurídicos protegidos, que são os mais importantes. O princípio é o de que só se devem castigar, com uma sanção penal, atos extremos, que são visíveis no mundo exterior e que vulneram bens fundamentais para a vida social⁷⁵.

Por fim, a intervenção penal reduzida ou mínima, como pretende o princípio em análise, recebe do princípio da necessidade da pena um reforço argumentativo no plano estrito do sancionamento.

De fato e como visto, o postulado da intervenção penal mínima pretende ser critério limitador do direito de punir, assentado na gravidade da sanção penal. Esse direito de punir, por outro lado, manifesta-se em momentos e por modos distintos; o primeiro deles é a edição da lei penal, incumbência do legislador; para esta tarefa, e considerando que a missão do Direito Penal é proteger os valores mais elementares da vida em comunidade e cuja violação importa em reprovação social e ética, o princípio sugere comedimento, no sentido de serem eleitos, para criminalizar, os comportamentos gravemente ofensivos aos citados valores; além disso, e na previsão da sanção, que seja esta proporcional a eles.

Como se sabe, a expectativa da cominação de crimes e penas é induzir os destinatários a absterem-se da prática das condutas agora proibidas; mas, sabe-se também que esta prevenção não funciona para todos e, quando da concreta prática do comportamento criminoso, o Estado desenvolve processo tendente à punição do infrator. Ao cabo deste, manifesta-se nova

⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios ...*, p. 39.

⁷⁵ “Caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”. (BITEN-COURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. “Princípios Fundamentais ...”, p. 83).

oportunidade de dar cumprimento ao postulado da intervenção mínima, agora na perspectiva de aplicação de pena necessária e suficiente para a justa punição da infração penal.

A preocupação a que se reporta o princípio da necessidade da pena relaciona-se exclusivamente com esta, embora contextualizada com o postulado geral da intervenção mínima. E isso porque a sanção de natureza penal, ao contrário das sanções próprias dos demais ramos jurídicos, traduz-se em importantes e incisivas restrições ou sacrifícios a direitos fundamentais do condenado por fato criminoso, como é a liberdade de locomoção. Em consequência, é imperioso que esse sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, à própria defesa dos direitos, liberdades e garantias em geral, que são a base do Estado⁷⁶.

É esta a enunciação mais simples possível do princípio da necessidade da pena, também conhecido como princípio restritivo ou da máxima restrição da pena criminal e, com tal conteúdo, é deduzido da dignidade da pessoa humana. Ou seja, as sanções penais, por conta da sua gravidade, só se justificam quando forem necessárias e indispensáveis, tanto na sua existência como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil⁷⁷. Conforme corretamente apontado por Sousa e Brito, é

⁷⁶ BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal na Constituição*. In Estudos sobre a Constituição, 2º vol. Separata. Lisboa, 1978, p. 218.

⁷⁷ Também a formulação deste postulado deve-se a CESARE BECCARIA, que percebia a sanção penal num contexto de prevenção geral e especial dos crimes futuros: “*toda a pena que não deriva da absoluta necessidade (...) é tirânica. Ela deve ser essencialmente necessária, a mínima das possíveis nas circunstâncias dadas*”; “*(...) eis em que se funda o direito do soberano de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito da saúde pública das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e maior a liberdade, que o soberano conserva aos súbditos*”. (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 64). Em termos históricos, a fonte legislativa da ideia é o art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que foi consignado que “*a lei somente deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”. Em Portugal, a Constituição da República traduz essa preocupação nos números 2 e 3 do art. 18º, em que disciplina a “*força jurídica*” das normas de direitos fundamentais. No nº 2 consta que a lei só pode

necessário adquirir em cada caso a convicção de que, se a sanção fosse suprimida ou reduzida, a ordem social poderia ser posta em causa⁷⁸. E a quebra do princípio da necessidade da pena importa em atentado contra a dignidade da pessoa humana, para salvaguarda da qual se constitui todo o Direito e da qual decorrem os direitos do homem⁷⁹. Assim:

TIPO DE SANCIONAMENTO	Responsabilidade Política	Demissão ou perda do cargo ocupado		
	Responsabilidade Criminal	Pena privativa da liberdade	Princípio da intervenção mínima	Subsidiariedade: sanção penal como <i>ultima ratio</i>
				Fragmentariedade: ilícito penal como parte da ilicitude geral
				Necessidade da pena: sanção penal como imprescindível para a paz e conservação sociais

Em síntese, e como corretamente percebido por MARIA F. PALMA, no campo da criminalidade política, a necessidade da pena, enquanto princípio ligado à intervenção penal mínima, exige que o conteúdo da infração lese bens fundamentais da

restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, exigindo, também, que tais restrições limitem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. E, no nº 3, determina que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁷⁸ BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal na Constituição...*, p. 218.

⁷⁹ Adverte SOUSA E BRITO que seria melhor que as sanções penais não fossem necessárias, que a justiça penal ficasse no mundo das ideias, e não viesse ferir com a sua mão os bens da vida. Neste sentido - e só nele - as sanções penais são detestáveis e, portanto, de restringir (*odiosa restringenda*). Acresce serem falíveis os juízes humanos e a necessidade da pena muitas vezes duvidosa no caso concreto. (*A Lei Penal na Constituição ...*, p. 218).

organização política do Estado, revele grave desvio ou abuso de funções, indique grave violação de deveres inerentes ao cargo ou importe em grave violação da relação de confiança com os representados⁸⁰.

3.2.3. EXIGÊNCIAS QUANTO À APLICAÇÃO DAS SANÇÕES: PROCEDIMENTO, FUNDAMENTO E ÓRGÃO COMPETENTE

Outro critério utilizado para distinguir a responsabilidade política da penal relaciona-se ao procedimento para a aplicação das sanções⁸¹, campo em que a análise considera três parâmetros: a sua forma, a sua função e o órgão competente/responsável.

A forma do procedimento usado para a responsabilização política é no geral menos definida do que aquela exigida para a punição criminal. Ou seja, a responsabilidade política é efetivada de forma política, seguindo os padrões da ação política, caracterizada por uma grande liberdade de meios e de fins. Por isso, seguindo o procedimento punitivo a mesma lógica, ele pode apresentar-se errático, imprevisível, instável, incerto, indeterminado e flexível, muito a depender das práticas políticas vigentes em determinado local⁸².

A função do procedimento político é evidenciar a existência dos pressupostos da responsabilização, e a decisão é tomada com base em critérios objetivos e imprecisos, sendo os

⁸⁰ “Responsabilidade Penal ...”, p. 17.

⁸¹ Na formulação de OLIVER BEAUD, e que se tem em referência para a diferenciação entre a responsabilidade penal e política, este critério é percebido apenas quanto ao procedimento de *aplicação* das sanções; contudo, considera-se necessário ampliar o raciocínio também para a fase da *cominação* (previsão legal) que envolve, além das penas, as próprias condutas penalmente proibidas, o que será feito no tópico seguinte.

⁸² LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 143. Isso não que significar que não possa haver uma sistematização de regras a serem aplicadas no procedimento de responsabilização; mas, seguindo os padrões da ação política, sempre haverá uma um certo grau de instabilidade e de indeterminação nesse campo.

atos políticos defeituosos são apreciados de acordo com critérios de oportunidade; por isso, afirma-se que ela é tendencialmente consequencial, pois não há necessidade de apurar a culpa, dispensando a consideração de elementos subjetivos. Apóia-se, portanto, em elementos vagos, como as consequências coletivas da ação política, as condições em que a decisão política foi tomada, a informação existente, eventuais alternativas disponíveis e a competência e idoneidade de titular de cargo autor do ato ou da decisão⁸³.

Essa responsabilização, ademais, é operada por e perante órgão com competência e natureza política, autorizado a atuar e decidir de acordo com os parâmetros acima assinalados.

A responsabilização criminal atua com outros pressupostos: um deles, e que tem natureza processual, relaciona-se com o devido processo legal e funciona como condição de legitimidade da sanção imposta; outro, com natureza material, refere-se ao fundamento da punição, que é conhecido como princípio da culpa.

O primeiro pressuposto atua no campo processual, sobre a matéria que indica o caminho a ser seguido para a imposição de sanções; nele, a responsabilização criminal (inclusive aquela decorrente da atividade política) mobiliza um conjunto de princípios do Direito Processual Penal⁸⁴, cuja observância é condição de legitimidade de eventual sanção aplicada. Nele, especial atenção deve ser dada aos elementos relacionados com os meios de defesa e às garantias conferidos a qualquer cidadão objeto de processo criminal e que no Direito Português estão, de forma

⁸³ LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 149.

⁸⁴ Para MARIA F. PALMA, a conjugação das duas espécies de responsabilidade - política e penal - também relaciona-se com as vias processuais para a instauração e condução dos procedimentos sancionatórios contra os titulares de cargos políticos; é necessário garantir um processo justo, que preserve as garantias da defesa e um julgamento imparcial, para impedir que a responsabilidade penal torne-se arma de cariz política. Por fim, a clara definição da competência do Parlamento, dos Tribunais e dos órgãos persecutórios também é condição para a credibilidade das soluções que vierem a ser adotadas. (“Responsabilidade Penal ...”, p. 17).

geral, previstos no art. 32º Constituição da República.

Este dispositivo, de fato, é o marco constitucional das “garantias de processo criminal”, representando o estatuto constitucional do arguido; a linha geral está enunciada no nº 1: “*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*”. O nº 2 conjuga os princípios da presunção de inocência e da razoável duração do processo criminal: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”. No nº 3 consta a garantia de “*escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo*” e no nº 4 a garantia de que “*toda a instrução é da competência de um juiz*”, complementando o nº 5 que o “*o processo criminal tem estrutura acusatória*”, enfatizando que ele é subordinado “*ao princípio do contraditório*”. Ressalta em importância, ainda, o teor do nº 8, que comina de nulidade “*todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.

Além desses elementos de carácter geral, e que são aplicáveis a qualquer processo penal, há, no campo da responsabilização criminal política, instrumentos com função de dificultar o uso da jurisdição penal, como são as imunidades materiais e os regimes processuais ou procedimentos especiais. Outra diretriz é a de que a responsabilidade criminal somente se efetiva por infrações cometidas no exercício das funções e inerentes ao cargo político, afastando-se essa possibilidade quando em causa estiverem infrações cometidas fora desse exercício⁸⁵ - leia-se, antes da assunção do cargo e, se durante o exercício, com este não tiverem relação.

Quanto à função do procedimento criminal, também aqui este tem a de demonstrar a ocorrência dos pressupostos da

⁸⁵ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal ...”, p. 14.

punição; mas, diferentemente do que se passa no campo político, a decisão a ser tomada no âmbito criminal atua com outro critério, que é o princípio da culpa, do qual decorre a necessidade de se comprovar a existência de elementos subjetivos como condição de uma condenação criminal. Ou seja, além da demonstração da ocorrência do fato ensejador da responsabilidade, é necessário demonstrar que um nexos subjetivo entre o agente e o resultado danoso produzido.

As consequências principais da incidência deste princípio, no campo em discussão, podem ser assim elencadas: a) ele determina o afastamento da responsabilidade penal objetiva; b) ele impede a responsabilização em casos de coação ou grave necessidade que impeçam comportamento diverso; c) e a imposição de sanção criminal depende da existência de dolo ou, pelo menos, de negligência grave.

Para que isso seja possível, é imprescindível a instauração e desenvolvimento de um processo, legalmente enquadrado (rito formal e faseado que deve ser observado), para que as duas pretensões que nele se manifestam, a punitiva e a defensiva, possam alcançar seus objetivos; ademais, trata-se de processo necessariamente judicial, pois o Poder Judicial é o único órgão competente para aplicar sanções de natureza criminal.

A síntese sobre esse critério de distinção:

PROCEDI- MENTO DE APLICAÇÃO DAS SAN- ÇÕES	Responsabilidade política	Forma: indefinida, segue padrões da ação política: errática, imprevisível, instável, incerta, indeterminada e flexível
		Função: demonstrar pressupostos - usa critérios objetivos e imprecisos e elementos vagos; é consequencial (não apura culpa); os atos políticos defeituosos são apreciados de acordo com critérios de oportunidade
		Órgão competente: órgão de natureza e competência política
	Responsabilidade Criminal	Forma: definida, procedimento formal e faseado
		Função: demonstrar pressupostos - usa critérios subjetivos (dolo/negligência grave) - princípio da culpa
		Órgão competente: Poder Judicial

3.2.4. EXIGÊNCIAS QUANTO À COMINAÇÃO (PREVISÃO LEGAL) DAS CONDUTAS E SANÇÕES

O quarto critério utilizado para distinguir a responsabilidade política da penal relaciona-se ao procedimento de cominação das condutas e das penas.

Nessa perspectiva, e quanto à responsabilidade política, não há a priori um catálogo ou um rol de condutas que a determinam, sendo as causas, portanto, difusas⁸⁶. A responsabilização criminal, por pressupor ofensa a bens jurídicos e por permitir a imposição de pena privativa da liberdade, exige o respeito ao princípio da legalidade (só há crime e pena previstos em lei anterior). Esta é, pois, uma definição: a responsabilização penal exige uma prévia definição das condutas e das penas, o que não se mostra necessário para a responsabilização política.

O princípio da legalidade, de obrigatória incidência na responsabilidade criminal, quer significar que a punição criminal tem como pressuposto a previsão legal da proibição da conduta, havendo consenso no sentido de tratar-se do único meio de evitar que o poder punitivo seja exercido arbitrariamente e ilimitadamente. Este princípio, portanto, tal qual construído pelo Iluminismo do século XVIII, é apanágio do individualismo político, dando trânsito ao postulado da ampla permissão de ação individual, admitindo-se como proibido somente aquilo que, expressamente e por meio de lei formal editada pelo Parlamento, assim for declarado⁸⁷.

⁸⁶ LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 148. Segundo o autor, “o argumento de que a responsabilidade jurídica assenta necessariamente num tipo de comportamento previamente identificado e descrito em norma jurídica não é sequer aplicável a todos os modelos de responsabilidade. (...) Na realidade, uma descrição completa da acção ilícita só se consegue encontrar no domínio da responsabilidade penal, devido ao imperativo constitucional do princípio da legalidade”.

⁸⁷ A Constituição da República, no art. 3º, nº 2 estabelece que “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática”. No Brasil, a Constituição Federal, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, em que expressamente é consignado que ninguém pode ser obrigado a

Portanto, a lógica que preside esse princípio é a de restrição do poder estatal, a garantir que aos indivíduos somente possa ser imputada a prática de crime se o fato e a pena forem inscritos em lei prévia^{88 89}. A síntese da ideia é representada pela expressão *nullum crimen, nulla poena, sine lege*⁹⁰.

fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

⁸⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, com base em Roxin, ensina que o princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas *através* do direito penal, mas também *perante* o direito penal (grifos no original). E prossegue: “... *uma eficaz prevenção do crime, que o direito penal visa em último termo atingir, só pode pretender êxito se à intervenção estadual forem levantados limites estritos - em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas - perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva*”. É por isso que a intervenção penal seve ser submetida “*a um rigoroso princípio da legalidade, conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa*”. (*Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 65).

⁸⁹ A Constituição da República, no artigo 29.º, que trata da “*aplicação da lei criminal*”, determina, no nº 1, que “*Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior*”. No Brasil, artigo 5º, XXXIX, do texto constitucional estabelece que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

⁹⁰ No tocante à origem deste axioma, é comum afirmar-se haver ele sido expresso inicialmente no artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, de 1215: “*Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele se não mediante um julgamento regular sobre seus pares ou em harmonia com as leis do país*”. Posteriormente, foi reproduzido no *Bill of Rights*, de 1689 e nas Constituições americanas, a da Filadélfia de 1784 e as da Virgínia e Maryland, de 1786. Na França, foi inscrito no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789 (“*A lei não deve estabelecer senão penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode se castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada*”), em que foi destacada, também, a necessária anterioridade da lei penal. Com a queda das monarquias absolutas, o princípio foi acolhido pela grande maioria das legislações ocidentais, tanto em sede constitucional, quanto nos Códigos Penais (o primeiro corpo de leis penais a prever o princípio da legalidade foi a *Josephina*, codificação criminal de D. José II, da Áustria, de 1787), seguindo-se sua universalização, o que pode ser visto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/1948, cujo artigo II, item 2, prevê que “*ninguém será condenado por atos ou omissões que no momento em que se cometerem não forem crimes segundo o direito nacional ou internacional. Também não se imporá pena mais grave que a aplicável no momento*

da comissão do delito”; com sentido semelhante aparece na Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950 (art. 7º, nº 1) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (art. 15º, nº 1). Em Portugal, a Constituição de 1822 apenas estabeleceu nos artigos 10º e 11º princípios materiais de direito criminal: da necessidade da pena, da sua proporcionalidade ao delito e intransmissibilidade, da humanidade das penas; a legalidade das penas deduzia-se do princípio da separação de poderes (art. 30º). A não-retroactividade (e legalidade) da pena vem consagrada pela primeira vez no § 10º do art. 145º da Carta Constitucional de 1826, embora já resultasse da proibição geral de retroactividade da lei do § 2º da mesma Carta. Foi novamente reafirmada pelo art. 18º da Constituição de 1838 e pelo nº 21 do art. 3º da Constituição de 1911, que reproduz a disposição da Carta. A consequência da não-retroactividade da incriminação só é explicitada no art. 5º do Código Penal de 1852, que também introduziu no art. 18º a proibição de interpretação extensiva. O art. 1º da Novíssima Reforma Penal de 1884, que se transformou no art. 6º do Código Penal de 1886, determinou a retroactividade e ultra-actividade da lei penal mais favorável. A Constituição de 1933 explicitou apenas a legalidade e a não-retroactividade da incriminação (art. 8º, nº 9, a que acrescentou na revisão de 1971 a não-retroactividade da agravação da pena e a legalidade e não-retroactividade das medidas de segurança. Este nº 9 do art. 8º, a legislação penal ordinária e os mencionados textos internacionais parecem ter sido as principais fontes do actual art. 29º da Constituição. (DIAS, Jorge de Figueiredo, In *Direito Penal...*, p. 165/166; BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal...*, p. 202 e seg.) No Brasil, o princípio da legalidade penal foi previsto nas Constituições de 1824, no artigo 179, XI; na de 1891, no artigo 72, § 15; na de 1934, no artigo 113, inciso 26; na de 1946, no artigo 141, § 27; na de 1967, no artigo 150, § 16 e, na Emenda Constitucional nº 01/69, no artigo 153, § 16 e, na Constituição Federal vigente, está previsto no artigo 5º, XXXIX; ficou ausente na Constituição Federal de 1937; por fim, todos os Códigos Penais que vigoraram no país o previram. (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70; BATISTA, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 66).

Em termos teóricos, para além dos aspectos legais referidos na nota anterior, a linha evolutiva desta noção reporta-se a TIBÉRIO DECIANI, precursor da ciência normativa do Direito Penal, em cujo *Tractatus Criminalis*, editado em 1590/1591, foi sustentado que a causa formal do crime é a lei, destacando a necessidade de previsão legal dos crimes (LUIZI, Luiz. Tibério Deciani e o Sistema Penal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*, nº 02, Coleção Jus Aeternum. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10/40). No final do século XIX, destacou-se FEUERBACH, fundador da ciência penal alemã e que no Código da Baviera de 1813 fez enunciar a fórmula latina que identifica o princípio: *nullum crimen nullum poena sine previa lege*. Com efeito, segundo SOUSA E BRITO, é a FEUERBACH que se atribui a fórmula latina *nulla poena sine lege* e o principal esforço de articular com a teoria dos fins das penas e com a dogmática do direito penal. O princípio deduzir-se-ia do fim de prevenção em geral, que o autor alemão entendia como reacção psicológica: para que a ameaça do mal da pena pudesse motivar eficazmente o cidadão a deixar de praticar o crime, seria necessária a prévia determinação da pena pela lei (FEUERBACH é o

Não é outra a razão para que o princípio da legalidade tenha especial projeção sobre o direito punitivo⁹¹, campo no qual pretende garantir que o Direito realize dois valores fundamentais: a certeza e a igualdade formal. De fato, a produção do direito por meio de leis - normas gerais e abstratas - possibilita ao cidadão prever as consequências de suas ações, libertando-o da insegurança proveniente das ordens arbitrárias e pessoais; a aplicação do direito conforme as leis gera a garantia de um tratamento igualitário para todos os que pertençam à categoria definida na lei, libertando o cidadão do perigo de existir tratamento preferencial entre indivíduos ou grupos⁹². Nesta perspectiva, o

principal expoente das chamadas Teorias Relativas quanto ao fundamento da punição criminal, cuja essência se assenta no caráter de prevenção da pena; para ele, a finalidade do Estado é garantir a convivência humana através do Direito; crime é a violação de alguma norma jurídica, e ao Estado cabe impedi-lo, fazendo-o por meio de uma coação psíquica - cominação de leis penais - e através da coação física - imposição da pena; portanto, o fim da pena é a intimidação, fazer com que as pessoas não cometam crimes; é uma ameaça legal, com vistas à prevenção do crime). (BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal na Constituição*. In Estudos sobre a Constituição, 2º vol. Separata. Lisboa, 1978, p. 211). No mesmo sentido: NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28/9). Entretanto, a formulação mais clara e completa da idéia da reserva legal foi feita, e antes de FEUERBACH, por CESARE BECCARIA, ao afirmar que só as leis podem decretar as penas para os delitos; esta autoridade não pode residir senão no legislador, que representa toda sociedade organizada por um contrato social: “*A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social*”. (BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 66).

⁹¹ Embora a ele não se limite. De fato, num âmbito generalizado, a legalidade é atributo e requisito do exercício do poder, que será “legal” quando exercido em conformidade com leis previamente estabelecidas e aceitas. A intervenção legal é a materialização do princípio da legalidade, que é o principal apanágio do Estado hodierno, especialmente na sua forma de Estado Democrático de Direito. Neste âmbito, o princípio da legalidade impõe a todos os organismos do Estado, que exercem o poder público, uma atuação nos domínios previstos e permitidos pelas leis, ressalvados casos excepcionais expressamente preestabelecidos. Embora tolere o exercício discricionário do poder, o princípio da legalidade não se coaduna com seu exercício de forma arbitrária: decisões tomadas a partir de juízos estritamente pessoais da situação.

⁹² BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle e outros. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991, verbete “legalidade”, p. 674-5.

princípio em tela é condição de legitimidade do exercício do poder, e o ordenamento jurídico é a sua principal manifestação.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁹³, com a acuidade que lhe é peculiar, assevera que o princípio da legalidade possui uma pluralidade de fundamentos, uns de índole externa e outros de natureza interna. Os fundamentos externos são o princípio liberal [toda a atividade de intervenção do Estado na esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas tem de ligar-se à existência de uma lei, geral, abstrata e anterior], o princípio democrático e o princípio da separação de poderes [estes determinam que a intervenção penal só é legítima se feita por instância que represente o povo como titular último do *ius puniendi*, exigindo, também aqui, a existência de leis no sentido formal, isto é, emanadas do Parlamento]. Os fundamentos internos do princípio da legalidade relacionam-no com a ideia da prevenção geral [não se pode esperar que a norma cumpra a função motivadora de comportamentos para os cidadãos se eles não puderem saber, por meio de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos lícitos dos ilícitos sob o ponto de vista criminal] e o princípio da culpa [não há legitimidade em dirigir censura contra alguém por ter atuado de certa maneira se uma lei não considera o comportamento como criminoso].

O princípio em estudo desdobra-se em três sub-princípios e que integram a sua conceituação: relativamente às fontes das normas penais incriminadoras, deve ser observada a reserva legal; outro diz respeito à forma de enunciação das normas, ensejando o sub-princípio da determinação taxativa; e, no tocante à validade das normas penais no tempo, fala-se em irretroatividade da lei penal⁹⁴.

A exigência da *reserva legal* significa que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência deste fato tenham sido

⁹³ *Direito Penal...*, p. 167/168.

⁹⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais...*, 2003, p. 17.

instituídos por lei o crime e a respectiva pena. Esta lei deve ser editada pelo órgão para tanto competente, e seguindo o rito para tanto estabelecido, normalmente na sede constitucional, sob o signo de processo legislativo. Trata-se, portanto, de lei sem sentido formal, estando afastadas desse conceito normas costumeiras⁹⁵, éticas, morais, etc. Portanto, a lei formal é o único instrumento para a incriminação de condutas⁹⁶.

A *determinação taxativa* é a segunda decorrência do princípio da legalidade, significando que as leis penais devem ser claras, certas e precisas. O postulado retrata um comando dirigido ao legislador, notadamente na edição de leis penais incriminadoras, vedando o uso de expressões ambíguas, equívocas e vagas que possam demandar interpretações diferentes e contrastantes. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, exigindo qualificação e competência do legislador e o uso de uma linguagem rigorosa e uniforme⁹⁷.

⁹⁵ um concreto efeito dessa necessidade diz respeito à função e ao valor do costume para o Direito Penal. Se o comportamento e a sanção devem estar descritas em lei formal, é consequência certa que o costume não pode ser modo de criação ou delimitação positiva de normas penais (*nulla poena sine lege scripta*). A função do costume, em Direito Penal, portanto, é restrita, podendo representar recurso para delimitar negativamente e interpretar normas penais, assim como preencher o conteúdo de conceitos normativos utilizados na lei penal. Nesse sentido: BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal ...*, p. 217.

⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS ensina que do significado de *nullum crimen sine lege* extrai-se que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime - descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal - para que ele possa como tal ser punido. (*Direito Penal...*, p. 168/169). Para SOUSA E BRITO, “o verdadeiro fundamento do princípio é a segurança jurídica e, especialmente, a segurança do indivíduo frente ao Estado, que se traduz num Estado de direito, no direito do indivíduo de não ser afetado nos bens essenciais da sua vida, senão na medida exigida por lei à realização dos fins do Estado” (*A Lei Penal ...*, p. 218). MARIA F. PALMA entende que a aplicação de penas restritivas de liberdades fundamentais só é legítima quando se mostra necessária para proteger esses bens e direitos essenciais, numa verdadeira *ultima ratio* da política social do Estado, sendo imprescindível, também, o respeito ao princípio da legalidade (só há crime e pena prevista em lei). Este princípio, ademais, representa um consenso na criminalização de condutas, que é uma condição material para a legitimação da sanção penal. (“Responsabilidade Penal ...”, p. 11/12).

⁹⁷ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais...*, p. 24.

Nota-se, desde logo, que sem esta imposição, o princípio da legalidade não alcançaria seu fim, pois de nada valeria a anterioridade da lei se esta não for clara e certa, apanágio necessário para evitar diferenciações em sua aplicação. A taxatividade, portanto, é exigência para a redução da variabilidade subjetiva no momento da aplicação da lei, funcionando como proteção do cidadão contra o arbítrio judicial, pois restringe a discricionariedade do aplicador da lei. Há, pois, a necessidade de a lei penal ser uma *lex certa*, com clareza na delimitação dos tipos, em cuja formulação não devem ser empregados termos genéricos ou vazios. O postulado visa garantir, assim, a acessibilidade à lei penal, que deve ser compreensível aos juristas e a todos quantos são seus destinatários para ter eficácia pedagógica e motivadora de condutas⁹⁸.

A *irretroatividade da lei penal* é outro postulado nascido do princípio da legalidade, e visa assegurar a atualidade da lei penal, vale dizer, esta só pode alcançar fatos cometidos depois do início de sua vigência, sendo inaplicável aos fatos anteriores.

Teoricamente, o capítulo no qual a matéria se insere diz respeito à aplicação da lei no tempo, isto é, o lapso temporal durante o qual ela tem eficácia. O axioma que preside a questão pode ser assim formulado: a lei aplicável é aquela vigente quando da prática do ilícito (*tempus regit actum*). Assim, a chamada anterioridade da lei penal representa uma forma de preservação do princípio da legalidade, determinando que a lei penal não alcança os fatos praticados antes do início e depois de cessada a sua vigência⁹⁹.

Assim concebido o princípio da legalidade e seus

⁹⁸ Para MARIA F. PALMA, a legalidade exige cominação prévia, clara e precisa da infração e da sanção; não se admitem fórmulas vagas e suscetíveis de interpretações subjetivas, sob pena de as normas não transmitirem aos destinatários o conteúdo incriminado e proibido. (“Responsabilidade Penal ...”, p. 17).

⁹⁹ De se consignar que o princípio da irretroatividade da lei penal sofre exceção quando a lei nova for mais benéfica para o réu e quando o fato for descriminalizado, hipótese que alcançará inclusive as condenações transitadas em julgado.

corolários, a sua aceitação é inquestionável e generalizada, compreendido como um mecanismo de contenção da intervenção estatal no âmbito individual. Também é adotado, ao menos formalmente, na maioria dos países, por meio da sua inserção na legislação, especialmente na constitucional, viabilizando a afirmação no sentido de tratar-se de fenômeno universal¹⁰⁰.

Consigna-se, por fim, que a matéria atinente aos corolários do princípio da legalidade pode ser abordada de modos diferentes. A título de exemplo, apresenta-se a proposta de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁰¹, caracterizada por análise técnica e profunda da matéria, e que se apresenta pela aptidão em elucidar mais ainda o conteúdo do princípio em questão.

Propõe o Professor que do referido princípio da legalidade decorrem consequências ou efeitos em cinco planos diversos, quais sejam: I) Âmbito da aplicação: o princípio da legalidade não cobre toda a matéria penal, mas apenas aquela que se traduz em fundamentos para fundamentar ou agravar a responsabilidade criminal; ou seja, não decorre dele a exigência de incluir toda a matéria referente à exclusão ou atenuação da

¹⁰⁰ Duas raras exceções, no século XX: a legislação penal do Nacional Socialismo alemão e a legislação da Rússia pós-revolução de 1917, ambos regimes totalitários. Na Alemanha nazista, Código Penal do Reich, datado de 1871, cujo artigo 2º previa o princípio da reserva legal, foi reformulado em 28/06/1935, e sua redação passou a ser: “*será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei, cujo conceito básico melhor lhe corresponder*”. Situação idêntica é a da legislação da Rússia pós-revolução de 1917, onde os Códigos Penais de 1924 e de 1926 permitiam a punição de atos que, mesmo não expressamente previstos, ofendessem “*a ordem jurídica estabelecida pelo Governo dos operários e agricultores para a época de transição para o Estado comunista*”. Como se sabe, ambos os regimes eram totalitários, e as duas situações são denominadas por FIGUEIREDO DIAS como “entorses declaradas” ao princípio da legalidade, na perspectiva da reserva legal. (DIAS, Jorge de Figueiredo, In *Direito Penal...*, p. 166; no mesmo sentido: LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais ...*, p. 20/21 e FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 19 e seg. e 220 e seg.).

¹⁰¹ *Direito Penal...*, p. 171 e seguintes.

responsabilidade - como as causas de justificação e de exclusão da culpa -, sob pena de o princípio funcionar contra a sua teleologia, que é a proteção de direitos em face da possibilidade de arbítrio e excesso do poder estatal. II. Âmbito da fonte: o princípio da legalidade exige que a matéria de incriminação seja veiculada por meio de lei formal, emanada do órgão parlamentar competente¹⁰². III) No plano da determinabilidade do tipo legal, o princípio da legalidade exige que a descrição da matéria proibida e de todos demais requisitos de que dependa em concreto uma punição sejam objetivamente determináveis; dito de outro modo, a matéria proibida deve ter determinação objetiva, com o propósito de motivar e dirigir a conduta dos cidadãos; numa palavra, a lei penal que fundamenta ou agrava a responsabilidade criminal deve ser certa e determinada. IV) Âmbito do uso da analogia, no qual o princípio em questão veda o seu manejo para considerar como crime conduta não expressamente prevista como tal em lei. Com efeito, a decisão de um caso com a analogia pressupõe que ele não esteja regulado em lei, utilizando-se a regulação existente para outro caso e desde que haja uma semelhança substancial entre os dois casos. Esse recurso não é permitido em direito penal, quando por meio dele se estabeleça pressupostos de punição ou de agravação, ou seja, veda-se um certo uso da analogia, aquele em que ela funcione contra o agente e vise fundamentar ou agravar sua responsabilidade penal¹⁰³. V) No campo da retroatividade da lei penal, o princípio da legalidade determina a vedação da retroatividade *in malam partem*, ou

¹⁰² Em Portugal, e de acordo com o noticiado por FIGUEIREDO DIAS, houve discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o Governo descriminalizar ou atenuar, sem lei prévia do Parlamento, determinadas condutas. Levada a questão ao Tribunal Constitucional, este respondeu que é função da lei em sentido forma o papel de definir os crimes, as penas, as medidas de segurança e os respectivos pressupostos, aí estando incluída a criminalização como a descriminalização. (*Direito Penal ...*, p. 172).

¹⁰³ No CP Português, essa norma é expressa no art. 1º, nº 3: “*Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde*”.

seja, aquela operada para alcançar fato que ao tempo da sua prática não era considerado crime, ou então para agravar, de qualquer modo, a situação do agente, como a aplicação de pena mais grave. Eis a matéria compreendida no princípio da legalidade. A síntese:

COMINAÇÃO DAS CONDUTAS E DAS SANÇÕES	Respon- sabili- dade Política	Não conhece qualquer tipicidade de fatos que a permitem; as causas são difusas		
	Respon- sabili- dade Crimi- nal	Depende de lei prévia (ao fato), que preveja a conduta e a pena	Princípio da legalidade	Reserva legal: exige edição de lei formal para definir o que é crime e a sanção aplicável
				Taxatividade: leis claras, certas e precisas, para permitir compreensão da conduta proibida
				Irretroatividade: impede a responsabilização por fatos anteriores à edição da lei

Como visto, trata-se de um dos paradigmas mais estruturais da percepção limitadora da função estatal no campo penal e, desse modo, naturalmente incidente na responsabilidade criminal de ocupantes de cargos políticos. Efetivamente, não se apresenta nenhum fator ou argumento relevante que determine ou justifique eventual não incidência nesse campo; não o pode ser a circunstância de, no geral, os ocupantes de cargos políticos, nomeadamente do de Presidente da República, serem pessoas munidas de melhores conhecimentos sobre a ordem jurídica e, portanto, mais aptas a conduzirem-se de acordo com ela; ainda assim, é necessária a exata delimitação, por meio de lei, do conteúdo proibido no exercício dos cargos políticos.

Em Portugal observa-se o cumprimento desse requisito, com a edição da Lei nº 34/87, de 16 de Julho, em que estão tipificados os assim denominados crimes de responsabilidade; além da descrição das condutas proibidas (crimes) e das respectivas sanções (artigos 7º a 27º), estão ali positivados diversos elementos necessários para ensejar a necessária certeza e segurança jurídica que se busca pela concretização do princípio da

legalidade; é o caso, por exemplo, da definição de quem pode ser o sujeito ativo desses crimes, de regras sobre consumação e tentativa, causas especiais de agravação e de atenuação, efeitos da condenação, entre outros.

Por outro lado, trata-se de lei especial. É sabido que o critério que determina a edição de lei especial diz respeito às especificidades ou peculiaridades da matéria a ser regulada, com estatura suficiente para que, além da regulação geral a ser extraída das codificações, seja conveniente ou mesmo necessária a edição de regras próprias, destinadas a disciplinar essas especificidades. Foi esta a opção certa do legislador Português, pois a matéria em questão é dotada de dessemelhanças suficientes para receber disciplina específica, sem prejuízo da aplicação subsidiária das leis gerais.

No Brasil, é outro o estado da arte; não há disciplina específica da responsabilidade penal do Presidente da República, no aspecto material¹⁰⁴. Desse modo, na hipótese de prática de condutas desviadas, há a necessidade de subsumi-las aos tipos penais previstos no Código Penal ou na legislação penal especial¹⁰⁵ e, em caso de punição, de aplicação das sanções penais previstas na Codificação ou nestas leis.

Do modo como for, certo é que, sob o ponto de vista da forma de cominação das condutas e das penas, é evidente a distinção nos pressupostos de incidência da responsabilidade criminal e da política: aquela demanda, com muito mais exigência, anterioridade e taxatividade das normas que a fundamentam, bem como a gravidade dos fatos que a ensejam¹⁰⁶. A

¹⁰⁴ Há regras especiais sobre a competência para o julgamento, que é do Supremo Tribunal Federal, e também de procedimento, como a necessidade de autorização prévia para o julgamento, a ser dada pela Câmara dos Deputados, por voto de maioria qualificada (dois terços).

¹⁰⁵ A Lei nº 1.079/50, embora discipline os “crimes de responsabilidade”, e como já visto, não é lei de natureza penal, pois trata de infrações político-administrativas (não de crimes) e as sanções nela previstas são a perda do cargo e a proibição de exercício de cargo público pelo prazo de oito anos (que não são sanções penais).

¹⁰⁶ Em feliz síntese, MARIA F. PALMA assevera que a definição de crimes praticados

responsabilização política assenta-se em infrações objetivamente menos graves, não tem natureza excepcional, e admite combinações mais genéricas¹⁰⁷. Por outro lado, tratando-se a penal de responsabilidade que mobiliza o Direito Penal, as sanções são as típicas deste ramo do Direito, notadamente a privação ou restrição da liberdade de locomoção; a destituição do cargo ou a perda do mandato, sendo sanção própria da responsabilidade política¹⁰⁸, pode aparecer como efeito da condenação criminal¹⁰⁹.

4. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM PORTUGAL E NO BRASIL. REGIME JURÍDICO E COMPARAÇÃO

4.1. GENERALIDADES

A gravidade dos atentados contra a realização do Estado de Direito Democrático pode ser tamanha que a responsabilidade política e civil dos titulares dos cargos políticos se mostrem insuficientes, exigindo-se, à luz do princípio da necessidade da

no contexto da atividade política exige controle parlamentar prévio por meio da sua tipificação, devendo a respectiva lei determinar: a) elementos objetivos relacionados com a natureza e o grau do dano; b) perturbação visível das condições essenciais de funcionamento dos órgãos do Estado ou exercício dos direitos fundamentais; c) elementos objetivos e subjetivos definidores de violação grave de deveres do cargo, para serem valorados pelo juízo penal; d) dolo referente aos danos previsíveis e à violação de deveres. Também devem ser observados os clássicos princípios do Direito Penal, como a legalidade (do crime e da pena), da necessidade, adequação e proporcionalidade da pena (o Direito Penal é a última alternativa da política social do Estado) e da culpa (censurabilidade do agente em face de alternativas de ação compatíveis com o Direito e, na situação concreta, possibilidade de motivação pelas normas jurídicas). (“Responsabilidade Penal ...”, p. 16).

¹⁰⁷ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal ...”, p. 14.

¹⁰⁸ A mera responsabilização política não pode ir para além da perda do cargo; a inelegibilidade, assim pressupõe a prática de infração penal. (PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal ...”, p. 18).

¹⁰⁹ A Constituição da República, no art. 117, nº 3, legitima essa solução: “*A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato*”.

intervenção penal, a criação de mecanismos de responsabilidade criminal. E, conforme referido acima, um dos elementos mais importantes na definição e concretização da responsabilidade criminal no âmbito político e, no caso, daquela incidente sobre condutas do Presidente da República, é a necessidade de observar os princípios que orientam a matéria criminal, especialmente no campo da cominação de condutas e penas que lhe são próprias.

Além disso, e isso também já foi demonstrado, em Portugal e por aplicação do que consta nos artigos 117º e 271º da Constituição da República, a responsabilidade criminal não se limita aos titulares dos cargos políticos, sendo inerente ao exercício da atividade de qualquer agente do Estado e demais entidades públicas. O que há para aqueles é um regime específico - artigo 117º nº 3, que não dispensa, todavia, a necessidade de exigente tipificação de crimes e sanções, e demanda, para se configurar, um grau mais exigente do que a responsabilidade política¹¹⁰. Esta ideia aplica-se também ao Direito brasileiro, embora com algumas especificidades, que serão demonstradas mais adiante.

Deve-se ter em conta, ainda, que atentados contra o Estado de Direito também podem ser praticados por quem não é titular de cargo político ou público, incidindo, neste caso, em Portugal, os artigos 325º a 335º do Código Penal¹¹¹. No Brasil, e com a mesma lógica, nos artigos 328 a 337-A, do Código Penal, “*crimes praticados por particular contra a administração*

¹¹⁰ PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal ...”, p. 14.

¹¹¹ São os “Dos crimes contra a realização do Estado de Direito”: alteração violenta do Estado de Direito (Artigo 325º), Incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito (Artigo 326.º), Atentado contra o Presidente da República (Artigo 327.º), Ofensa à honra do Presidente da República (Artigo 328.º), Sabotagem (Artigo 329.º), Incitamento à desobediência colectiva (Artigo 330.º), Ligações com o estrangeiro (Artigo 331.º), Ultraje de símbolos nacionais e regionais (Artigo 332.º), Coacção contra órgãos constitucionais (Artigo 333.º), Perturbação do funcionamento de órgão constitucional (Artigo 334.º) e Tráfico de influência (Artigo 335.º).

em geral”¹¹².

Mas, quando a conduta é perpetrada por quem detém cargo político, a gravidade assume-se muito maior, em virtude da especial vinculação institucional do cargo exercido, bem como do perigo acrescido que a conduta encerra. É nesse contexto que Paulo Otero¹¹³ afirma que responsabilidade criminal dos agentes políticos traduz forma de blindagem interna do Estado de Direito democrático, impedindo que de dentro se tente destruir, alterar ou subverter a sua realização, as suas instituições ou a ordem de valores que lhe está subjacente.

Cumprе acrescentar também que os titulares de cargos políticos são submetidos a mais de um tipo de responsabilidade, ou seja, a vários padrões de valoração das suas condutas. O mesmo fato jurídico pode acionar, simultaneamente, várias espécies de responsabilização. Como linha geral, são cumuláveis as diversas modalidades de responsabilização acima mencionadas¹¹⁴; mas, há alguns limites, como a circunstância de os titulares de cargos políticos não se sujeitarem à responsabilidade disciplinar; de fato, como normalmente ocupam cargos que se situam no topo da estrutura dos órgãos administrativos, não se reportam hierarquicamente, por não haver alguém que lhes seja superior. Outra exceção à pluralidade de normas responsabilizadoras consiste no fato de os funcionários e agentes da Administração Pública, que não são titulares de cargos políticos, não estão sujeitos à responsabilidade política; esta, como já visto, restringe-se aos ocupantes destes cargos. Ainda, qualquer titular de cargo público - político e não político - que não pratique ato financeiro público, não está sujeito à responsabilidade financeira¹¹⁵.

¹¹² Os principais são: usurpação de função pública (art. 328), resistênciа, desobediênciа e desacato (artigos 329/331), tráfico de influênciа (art. 332), corrupção ativa (art. 333), entre outros.

¹¹³ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, 2010, p. 33.

¹¹⁴ LOMBRA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade ...*, p. 52/53.

¹¹⁵ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional...*, p. 40.

Outro pressuposto necessário para a responsabilização criminal do Presidente da República é a aplicação e incidência das diretrizes acima apontadas como próprios dessa espécie de responsabilidade - em especial, a sujeição ao princípio da legalidade penal e o manejo dos instrumentos do Direito Penal, como a *ultima ratio*, a necessidade da pena, o princípio da culpa, bem como as garantias processuais instituídas nas Constituições e leis infraconstitucionais.

Com efeito, na área da “criminalidade política” é especialmente importante delimitar o apelo ao Direito Penal, restringindo-o para os casos extremos e limítrofes, nos quais o desvio de conduta seja realmente sério, relevante e, por isso, inaceitável. Esta lógica, além de responder ao postulado geral da intervenção penal mínima, há de permitir que os ocupantes de cargos políticos exerçam suas públicas funções de maneira livre, dentro da regulação das leis em geral, com o propósito de maior satisfação possível dos interesses públicos.

Dar trânsito a dúvida relevante e, assim, deixar de fazer alguma coisa, omitir-se na tomada de alguma decisão ou na execução de certa medida poderá ter consequências nefastas para os destinatários da Administração Pública; o excessivo temor de ser responsabilizado criminalmente por qualquer decisão, ação ou omissão pode ensejar déficit de governo. Por isso, a responsabilização criminal do ocupante de cargo político, como o Presidente da República, deve ser medida reservada para os casos realmente graves e incisivos de quebra da obrigação jurídica e ética na condução da *res* pública.

Além disso, e como já visto, o agente político e público submete-se a uma pluralidade de responsabilidades, como a política, a civil, a financeira e, este último, a disciplinar. Nesse contexto, a responsabilização criminal, um dessas várias, deve suceder as outras, ser mobilizada em último lugar e somente nas hipóteses em que as demais vias de punição não deram resposta adequada e suficiente.

A mesma lógica aplica-se ao sancionamento. De todas as penas a que está sujeito o agente político, a privação da liberdade é flagrantemente a mais gravosa e ofensiva, de modo a estar plenamente justificado o manejo deste recurso em último caso.

Há, por fim, mais outro pressuposto a ser considerado, em especial para comparar os dois sistemas sobre a responsabilização criminal do Presidente da República: é que Portugal adota, como sistema de governo, o semi-presidencialismo¹¹⁶, em

¹¹⁶ JORGE MIRANDA noticia que o sistema de governo (da Constituição da República) de 1976 foi moldado com a preocupação maior de evitar os vícios inversos do parlamentarismo de assembleia de 1911 e da concentração de poder da Constituição de 1933, e tendo como pano de fundo a situação institucional pós-revolucionária. O ponto mais delicado dizia respeito ao lugar do Presidente da República, às suas competências e ao seu modo de eleição. Ele não devia ser um Presidente meramente representativo, nem um chefe de Estado equivalente ao do regime autoritário, nem tão pouco um Presidente chefe do Poder Executivo, por não ser da tradição constitucional portuguesa. Mas tanto poderia ser um Presidente arbitral, embora com capacidade de intervenção efetiva, no âmbito de um parlamentarismo racionalizado, como um Presidente mais forte, regulador do sistema político, de tipo semipresidencial. Optou-se pela segunda alternativa. (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 9ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371). Segundo ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, o semipresidencialismo é um *tertium genus* na tipológica clássica dos sistemas de governo: um sistema que, utilizando do parlamentarismo a dualidade no Executivo e a responsabilidade governativa, do presidencialismo retira a ideia de um Chefe de Estado que, legitimado pelo sufrágio universal, possa participar no exercício da função de direção política. Assim, as principais características são: a) eleição do Presidente por sufrágio universal; b) dupla responsabilidade política, do governo ou do Primeiro-Ministro, c) na afirmação do poder presidencial de dissolução da Câmara Representativa, d) um acervo de poderes reais, não apenas nominais, do Presidente, e) atribuição ao Presidente de faculdades que permitem controlar a atividade do Governo. (*Direito Público Comparado. O Sistema de Governo Semi-Presidencial*. Lisboa: Associação Acadêmica de Lisboa, 1984, p. 7/8 e 34). GOMES CANOTILHO denomina a forma de governo de Portugal de “misto parlamentar presidencial”, pois nele são visíveis elementos caracterizadores do regime parlamentar e dimensões próprias da forma de governo presidencialista, e que foi configurada a partir de experiências positivas internas (como a centralidade do parlamento, a responsabilidade do Governo perante ele e a eleição direta do Presidente da República) e externas (o parlamentarismo racionalizado da Constituição de Weimar e o semipresidencialismo francês da Constituição de 1959). Acrescenta que do regime parlamentar foram colhidos os seguintes elementos: a) autonomia do Governo, b) responsabilidade ministerial e c) a referenda ministerial; já do regime presidencial foram acolhidos: a) a instituição de um Presidente da República eleito por sufrágio direto, b) o direito de veto político e

que o Presidente da República é o chefe de Estado, havendo o Primeiro-Ministro, a quem cabe a chefia do Governo. No Brasil vige o sistema presidencialista, e ao Presidente da República cabe a chefia do Estado e do Governo¹¹⁷. Assim, e ao menos em tese, no sistema brasileiro o Presidente da República, por que chefia o Poder Executivo e pratica atos administrativos, fica muito mais sujeito à prática de crimes.

4.2. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Inicia-se a abordagem desta matéria com a descrição do regime jurídico da responsabilização criminal do Presidente da República em cada um dos países, o que se mostra necessário para a comparação entre eles.

É necessário enunciar, desde logo, que a base desse

legislativo, e c) existência de poderes de direção política; por fim, e como traços da racionalização parlamentar-presidencialista, há a dupla responsabilidade do Governo e o direito de dissolução da Assembleia da República. (*Direito Constitucional ...*, 2003, p. 597/601). Estudo completo e detalhado sobre o caso português encontra-se em outra obra de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991; nas páginas 09 a 26, há uma descrição do sistema, abarcando as origens, os paradigmas externos adotados e as peculiaridades, incluindo manifestação crítica ao termo “semipresidencialismo”.

¹¹⁷ GOMES CANOTILHO, referindo-se à forma de governo presidencial norte-americana - que considera paradigma das várias “engenharias presidenciais”, caracteriza-o, de forma sucinta, com os seguintes elementos: a) separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes organicamente entre si); b) legitimação democrática quase direta (o Presidente é eleito por um colégio formado por ‘grandes eleitores’); c) o Presidente da República é o chefe do Estado e do Governo; d) no tocante aos controles, o Presidente não é responsável perante o Poder Legislativo, mas pode perder o cargo por meio de *impeachment*. (*Direito Constitucional ...*, p. 585/587). Na compreensão de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, os elementos fundamentais do sistema presidencialista são: a) o Presidente é eleito por sufrágio universal; b) o Executivo não responde politicamente perante o Parlamento; c) o Presidente não pode dissolver o Parlamento; d) o Presidente é, simultaneamente, Chefe de Estado e Chefe de Governo. Ao sistema presidencial é normalmente oposto o sistema parlamentar, caracterizado a) pela imparcialidade do Chefe de Estado, b) na possibilidade de o Chefe de Estado dissolver o Parlamento e c) no fato de o Governo responder politicamente perante o Parlamento. (*Direito Público Comparado...*, p. 6).

regime, e que o distingue, portanto, do regramento dito geral da responsabilização criminal, situa-se na disciplina de dois temas principais: o primeiro é a distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade; o segundo refere-se à circunstância de haverem sido eles praticados no exercício das funções inerentes ao cargo de Presidente da República ou fora dele, o que demanda a pesquisa sobre uma relação entre o crime e o exercício do cargo e, a depender da resposta dada a esta questão, surgem trilhas diferentes para a responsabilização. Esses dois fatores determinam consequências diversas, sendo as principais a definição do juízo competente e do procedimento a ser adotado.

4.2.1. CRIMES COMUNS E CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Em conceituação simples, crimes comuns são aqueles previstos na legislação penal em geral - Código Penal e leis especiais - em que há a tipificação das condutas proibidas e a cominação das penas. Qualquer pessoa, em princípio, pode praticá-los e, portanto, também a pessoa que, no momento da sua prática, encontra-se investida em cargo político ou de Presidente da República¹¹⁸.

Os crimes de responsabilidade são especiais em relação aos comuns, e exigem que sejam praticados por agente político no exercício das funções inerentes ao cargo. Para caracterizá-los, e na perspectiva do Direito Constitucional português, mas aplicável em geral ao Direito brasileiro¹¹⁹, adotamos, por ser suficiente para a presente investigação, a análise feita por GOMES

¹¹⁸ Esta conceituação tem pertinência, por óbvio, somente na tentativa de distinguir a categoria “crime comum” da outra, que é a de “crime de responsabilidade”. Em contexto próprio das teorias que se ocupam de caracterizar as infrações penais, a expressão “crime comum” significa a ausência de requisitos especiais relativamente ao sujeito ativo, ou seja, denomina-se de crime comum aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, e distingue-se do crime próprio, aquele que exige do sujeito ativo alguma condição ou qualidade especial, como ser agente público, etc.

¹¹⁹ As ressalvas serão expressamente indicadas.

CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹²⁰: a) são crimes praticados por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções; b) consistem na infração de bens ou valores particularmente relevantes da ordem constitucional, cuja promoção e defesa constituem dever funcional dos titulares de cargos políticos; c) há conexão entre a responsabilidade criminal e a política, transformando-se a censura criminal numa necessária censura política, com a consequente demissão ou destituição como pena ou como efeito da pena¹²¹; d) qualificação dessa responsabilidade criminal, em face da responsabilidade criminal comum, pelo fato de o agente dispor de uma certa liberdade de conformação e gozar de uma relação de confiança pública¹²²; e) existência de especificidades quanto ao processo criminal, quanto ao tipo de penas e seus efeitos, e também quanto à competência para o julgamento.

4.2.1.1. CRIMES COMUNS E DE RESPONSABILIDADE EM PORTUGAL

Em Portugal, são denominados crimes de responsabilidade aqueles referidos no art. 117º, nº 3, da Constituição da

¹²⁰ *Constituição da República* ..., p. 121.

¹²¹ Esse elemento, como será demonstrado a seguir, não tem plena aplicação ao Direito brasileiro, pois a perda do cargo pode ser declarada como efeito da condenação criminal, mas não é uma consequência necessária.

¹²² Em Portugal, essa qualificação se apresenta na forma de lei penal especial para tipificar os crimes de ocupante de cargo político, e no aspecto quantitativo da sanção, que é sensivelmente maior se comparado com condutas idênticas praticadas por quem não detém referido cargo. Um exemplo simples bastará para comprovar a asserção: o crime de prevaricação, tipificado no art. 369º do Código Penal português, é punido com “*pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 120 dias*”; este mesmo crime, se praticado por titular de cargo político, subsume-se ao art. 11 da Lei nº 34/87, que o pune com “*prisão de dois a oito anos*”. No Brasil, a qualificação apresenta-se na forma de circunstância agravante da pena - prevista no artigo 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal: “*São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o crime: (...) g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*”; essa espécie de circunstância é aplicada na segunda fase da dosimetria da pena.

República¹²³ e tipificados na Lei nº 34/1987, de 16 de Julho¹²⁴.

Nota-se desde logo que as condutas previstas nesta lei têm natureza claramente criminal, o que é denunciado pela gravidade dos comportamentos descritos e também pelo sancionamento, que é a privação da liberdade; a perda do cargo figura como efeito da condenação.

Os tipos penais elencados na Lei nº 34/87 são: traição à Pátria (art. 7), atentado contra a Constituição da República (art. 8º), atentado contra o Estado de Direito (art. 9º), coacção contra órgãos constitucionais (art. 10º), prevaricação (art. 11º), denegação de justiça (art. 12º), desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal (art. 13º), violação de normas de execução orçamental (art. 14º), suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias (art. 15º), recebimento indevido de vantagem (art. 16º), corrupção passiva (art. 17º), corrupção activa (art. 18º), peculato (art. 20º), peculato de uso (art. 21º), peculato por erro de outrem (art. 22º), participação económica em negócio (art. 23º) emprego de força pública contra a execução de lei de ordem legal (art. 24º), recusa de cooperação (art. 25º), abuso de poderes (art. 26) e violação de segredo (art. 27º).

Importante anotar que, além destas condutas cominadas nesta lei especial, não há empecilho para que o titular do cargo político seja responsabilizado pela prática de qualquer outro crime previsto na legislação penal vigente.

¹²³ “3. A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato”. Noticiam JORGE MIRANDA e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA que a Constituição da República de 1976 foi a primeira das Constituições que deixou de proceder à enumeração e definição dos crimes de responsabilidade, consagrando imposição ao legislador no sentido de fazê-lo, tarefa da qual este se desincumbiu em 1987, com a edição da Lei nº 34, de 16/08. (Respectivamente, “Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade”. In *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Vol. XV, 2001, Tomo 2, Separata, p. 31 e *Constituição da República ...*, p. 121).

¹²⁴ Na forma do art. 1º, “a presente lei determina os crimes da responsabilidade que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos cometam no exercício das suas funções, bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos”.

Outro elemento importante que decorre da legislação citada, tanto a constitucional quanto a infraconstitucional, é que se trata de crimes que são praticados por agente político ou, como consta na lei, por titular de cargo político, e no exercício das funções, sendo clara a inclusão, portanto, do Presidente da República. Há, assim, um elemento normativo ligado ao sujeito ativo destes crimes.

E, para delimitar de forma clara esse âmbito, o legislador elencou, de forma expressa, quem pode praticar tais crimes na condição de titular de cargo político: Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, deputado à Assembleia da República, membro do Governo, deputado ao Parlamento Europeu, Representante da República nas regiões autónomas, membro de órgão de governo próprio de região autónoma e membro de órgão representativo de autarquia local. Além disso, estabeleceu que, para os crimes previstos nos artigos 16.º a 19.º, equiparam-se aos titulares de cargos políticos nacionais os titulares de cargos políticos de organizações de direito internacional público, bem como os titulares de cargos políticos de outros Estados quando a infração tiver sido cometida, no todo ou em parte, em território português. Por fim, a lei ainda esclareceu que são considerados titulares de altos cargos públicos os Gestores públicos, os Titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este; os Membros de órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial local; os Membros dos órgãos diretivos dos institutos públicos; os Membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei e os Titulares de cargos de direção superior do 1.º grau e equiparados.

Em síntese, falar de crimes de responsabilidade em Portugal é referir de forma especial os tipos penais elencados na Lei nº 34/1987, de 16 de Julho, sem desprezar a possibilidade de incidência de outra legislação penal; além disso, tem-se em conta um especial agente como sujeito ativo dessas infrações, que é o

titular de cargo político, e que pratica tais crimes no exercício das funções¹²⁵. O essencial: quando se fala de crimes de responsabilidade, fala-se de Direito Penal, o que determina a necessidade de mobilizar os fundamentos e instrumentos próprios deste.

Desse modo, a distinção entre crimes comuns e crimes de responsabilidade, em Portugal, tem este significado: são crimes de responsabilidade os elencados na Lei nº 34/1987 ou em qualquer outra lei penal¹²⁶, praticados por titular de cargo político e no exercício das funções; e são crimes comuns aqueles praticados por titular de cargo político, *mas* fora do exercício dessas funções¹²⁷. Há, assim, uma correlação entre crimes de responsabilidade e crimes funcionais, e entre crimes comuns e crimes não funcionais.

4.2.1.2. CRIMES COMUNS E DE RESPONSABILIDADE NO BRASIL

No Brasil, há uma distinção substancial entre essas categorias conceituais.

Com efeito, atento ao regime legal vigente, crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas, sancionadas com a perda do cargo e a inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer cargo público.

A diretriz geral da matéria encontra-se inscrita no art. 85 da Constituição Federal, que enuncia, de forma genérica, que são

¹²⁵ O art. 1º da Lei nº 34/87 prevê expressamente que ela “determina os crimes da responsabilidade que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos *cometam no exercício das suas funções*, bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos”. (Grifo apostro)

¹²⁶ A assertiva é corroborada pelo conteúdo do art. 2º da Lei nº 34/87, de acordo com o qual “consideram-se praticados por titulares de cargos políticos no exercício das suas funções, *além* dos como tais previstos na presente lei, *os previstos na lei penal geral com referência expressa a esse exercício ...*”. (Grifo apostro).

¹²⁷ É a posição de JORGE MIRANDA: “*O Direito português distingue crimes cometidos no exercício das funções dos titulares de órgãos de poder - a que chama de crimes de responsabilidade - e crimes cometidos fora desse exercício - crimes comuns*”. (“Imunidades constitucionais e crimes...”, p. 28).

crimes de responsabilidade os atos atentatórios à existência da União, ao livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, ao exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, à segurança interna do País, à probidade na administração, à lei orçamentária e ao cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Tal norma é de ser conjugada com outra, também do texto constitucional, prevista no art. 52 e que trata da competência do Senado Federal¹²⁸, lendo-se no inciso I que lhe compete “*processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade*”. E, no parágrafo único está previsto que a condenação limita-se “... *à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis*”.

O texto constitucional também determina que os crimes de responsabilidade devam ser especificados em lei infraconstitucional, tarefa da qual o legislador se desincumbiu ainda no longínquo ano de 1950, com a edição da Lei nº 1.079, e que foi objeto de atualização no ano de 2000, por meio da Lei nº 10.028; é nessa legislação que consta o elenco das condutas que configuram cada um dos atentados referidos no art. 85 da Constituição, e a disciplina do procedimento a ser adotado no respectivo processo de apuração.

Assim, e se a sanção prevista para determinada infração é um indício seguro da natureza desta, fica de antemão claro e definido que os crimes de responsabilidade no Brasil não são crimes enquanto espécie de infração penal¹²⁹. De fato, a perda

¹²⁸ O Brasil adota um bicameralismo, de modo que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Câmara compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado da Federação; já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. A Constituição define as competências e atribuições da Câmara de Deputados, do Senado e do Congresso Nacional (este é a reunião da Câmara e do Senado).

¹²⁹ Na legislação brasileira a expressão “infração penal” representa o gênero de que

do cargo político nunca foi e não é classificada como sanção de natureza penal, não se podendo confundir essa exoneração com eventual efeito da condenação criminal.

Na realidade, a responsabilização, no Brasil, por “crimes de responsabilidade” tem clara natureza política, nos exatos termos acima expostos e indicados, podendo resultar no *impeachment* do Presidente da República¹³⁰. Com efeito, os fatos que

há duas espécies: crimes/delitos e contravenções penais. E a distinção entre estas tem por parâmetro o tipo de sanção aplicável: com o crime é compatível a pena privativa de liberdade, na forma de reclusão e de detenção, e ambas podem vir cominadas de forma isolada, cumulada ou alternativa à pena de multa; as contravenções penais são apenas com prisão simples e multa, podendo esta ser cominada de forma isolada. Esta disciplina consta no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/1941, que é a Lei de Introdução ao Código Penal: “*Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”.

¹³⁰ Como referido acima, o *impeachment* nasceu e se desenvolveu inicialmente como processo de natureza criminal. Mas, ao longo do tempo, sua configuração foi alterada, do modo a representar, atualmente, ao menos na perspectiva da legislação brasileira, um processo de responsabilização política. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, depois de dizer que considera julgamento político “*a sentença pronunciada por uma entidade política que possui momentaneamente o direito de julgar*”, ao referir-se ao Direito Norte-Americano, disse: “*o fim principal do julgamento político nos Estados Unidos, é retirar o poder das mãos do que fez mau uso dele, e de impedir que tal cidadão possa ser reinvestido do poder no futuro*”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. S. João do Estoril: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 149). No Brasil, e na vigência da Constituição Imperial de 1824, foi editada Lei de 15 de outubro de 1827, que dispunha acerca da “responsabilidade dos ministros e dos secretários de Estado e dos Conselheiros do Estado”, fixando-a em termos puramente penais, competindo ao Senado aplicar as sanções, que ia do desterro à pena de morte, bem como impor a obrigação de reparação dos danos. O *impeachment* passou a ter as feições atuais a partir da Constituição Republicana de 1891, colhidas da legislação norte-americana. PAULO BROSSARD, em monografia que se tornou referência quando em pauta, entre outros temas, o da natureza do procedimento conducente ao *impeachment*, assinala que este “*tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos (...) mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário*”. (...) “*Mesmo quando neste ou naquele aspecto do instituto, ou se note vestígio de uma*

*primitiva estrutura penal, ou se deparem elementos oriundos de outros ramos do direito, ou neles inspirados, a predominância do caráter político marca a sua verdadeira natureza e o inclui entre as instituições do Direito Constitucional". (O Impeachment..., p. 71/72). Partilhando da mesma linha de pensamento, BROSSARD cita EPITÁCIO PESSOA que, antes de ser Presidente da República no Brasil e que, como Senador, participou da elaboração da Lei nº 1.079/50 (que trata dos crimes de responsabilidade e que ainda está em vigor), em parecer sobre um caso de *impeachment* estadual, assim se pronunciou: "Mas o impeachment não é um processo criminal; é um processo de natureza política, que visa não a punição de crimes, mas simplesmente afastar do exercício do cargo o governador que mal gere a coisa pública, e assim a destituição do governador não é também uma pena criminal, mas uma providência de ordem administrativa. Os chamados crimes de responsabilidade do governador não são propriamente crimes (...); a chamada pena de destituição também não é rigorosamente uma pena, mas uma medida de governo". (O Impeachment..., p. 77/78). Por fim, e ainda segundo BROSSARD, a única voz dissonante, no levantamento a que procedeu, é a de AURELINO LEAL, a quem tributou esta frase: "dir-se-á que o Senado não impõe penas criminais. Antes de mais nada, há uma lei de responsabilidade, que define crimes e responsabilidade e que prescreve penas. A condenação, portanto, é de natureza criminal" (os grifos estão no original). (O Impeachment, p. 78). A propósito da Lei nº 1.079/50, na exposição de motivos que acompanhou o projeto que a originou, consta que os crimes de responsabilidade não eram crimes no sentido restrito da palavra, e sim, malfeitos em sentido amplo (Anais do Senado, Vol. XVIII, junho de 1948, p. 288, disponível em http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1948). No geral, é a linha de pensamento que se mantém, reconhecida inclusive na jurisprudência brasileira, embora se encontrem, na atualidade, vozes a darem eco ao que disse AURELINO LEAL. Exemplo é MARCELO CAMPOS GALUPPO, para quem "há vários problemas no entendimento de que os 'crimes de responsabilidade' não são propriamente crimes, ainda que consolidado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileira. A recusa da natureza penal do impeachment deve-se a uma identificação tradicional (e equivocada) entre crime e pena privativa de liberdade (...). Por outro lado, por que a Lei 1.079/50 mandaria que se aplicasse subsidiariamente ... o Código de Processo Penal, e não o Código de Processo Civil, se a natureza desse processo não fosse também penal ...? Além disso, toda a terminologia empregada pela lei 1.070 de 1950 reme ao processo penal...; o art. 1º fala em crimes, o art. 3º fala em pena, o art. 25 fala em acusado, o art. 31 fala em denúncia, o art. 69 fala em autos e em sentença, o art. 80 fala em pronúncia ...". (Impeachment. 2ª Ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora. 2016, p. 40/41). A divergência, contudo, não se sustenta; não há nenhum equívoco em relacionar crime e pena privativa de liberdade, pois o ilícito penal é o único para o qual se admite, como sanção, a perda da liberdade de locomoção (a prisão civil, onde ainda admitida, como no Brasil, é medida de coação para a obtenção de determinado comportamento, no caso, o pagamento de prestação alimentar); de resto, apegar-se ao significado literal de determinadas palavras, retirando-as do contexto ontológico e histórico, tende a induzir conclusões equivocadas. Na essência, o *impeachment*, no sistema presidencialista de governo, é ferramenta para a*

podem ensejá-la são denominados de infrações político-administrativas; ademais, o sancionamento também tem essência política (a exoneração pela perda do cargo e a inelegibilidade para cargo político) e administrativa (vedação de exercício de função pública).

Com tal premissa, e quando em causa a distinção destes “crimes” para os comuns, impositiva a conclusão de que se designa de crime comum qualquer infração penal praticada pelo ocupante de cargo político no exercício das suas funções ou fora delas. O Presidente da República, desse modo, se praticar qualquer conduta catalogada no Código Penal brasileiro ou em qualquer lei penal vigente terá praticado um crime comum - em qualquer das modalidades, como crimes eleitorais, contra a vida, contravenções penais, etc.

Para esta definição, não importa se o crime teve ou não relação com o exercício do cargo; esta circunstância, embora relevante para outros efeitos, como a fixação do Juízo competente para o processo, não tem importância para a fixação do conceito de crime comum no contexto em análise. Em síntese, para identificar o crime comum basta dizer que se trata da prática de conduta prevista em lei penal por detentor de cargo político - e que, por isso, pode também praticar crimes de responsabilidade. Se ele incorrer em conduta criminalizada dir-se-á que praticou um crime comum.

Um efeito desta distinção, e que será melhor analisada na

responsabilização política; o que se pretende é afastar do poder o mau governante, não por que praticou infrações penais, mas por fazer, nas palavras de TOCQUEVILLE, mau uso dele em sentido amplo, o que inclui a falta de cumprimento de deveres funcionais; é claro que este mau uso do poder consistir, também, em infrações penais, e por isso nada impede que o Presidente seja por elas responsabilizado, concomitantemente ou não, mas perante os Tribunais comuns, leia-se, não políticos, pois ninguém há de negar na atualidade que, considerando a natureza da sanção penal, ela só poderá ser aplicada por tribunais judiciais, jamais políticos. Aliás, é também TOCQUEVILLE quem faz pertinente alerta: “*Ao impedirem tribunais políticos de pronunciarem penas judiciais, os Americanos parecem-me ter, portanto, previsto as consequências mais terríveis da tirania legislativa, mais do que a tirania propriamente dita*”. (Da Democracia na América, p. 152).

seqüência, diz respeito com o órgão julgador: pela prática de crimes de responsabilidade, o Presidente da República é julgado pelo Senado Federal, depois de admitida a acusação pela Câmara dos Deputados; por crimes comuns, depois de satisfeita a mesma condição, é submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

4.2.2. CRIMES FUNCIONAIS E NÃO FUNCIONAIS

Dentre os crimes que o Presidente da República pode praticar, é necessário diferenciar, também, aqueles que se relacionam ao exercício do cargo e aqueles que não guardam esta relação. Esta distinção decorre do Direito positivo: em Portugal, o nº 4 do art. 130 da Constituição estabelece que por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns¹³¹; no Brasil, o § 4º do art. 86 prevê regra parecida, ou seja, a de que o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções¹³².

Portanto, é necessário averiguar se o crime praticado, na sua dinâmica, relaciona-se com o exercício das funções da Presidência da República. O(a) detentor(a) deste cargo poderá, a título de exemplo, ao conduzir uma viatura em local de descanso num final de semana, atropelar alguém e causar-lhe lesões corporais; poderá, movido por ciúmes do(a) cônjuge, praticar homicídio contra ela(e); são casos em que, ao menos em princípio, não há relação com o exercício das funções da Presidência, diferentemente da hipótese em que, usando-se da condição de

¹³¹ “4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns”. JORGE MIRANDA assevera que a hipótese é de imunidade com caráter temporal. (“Imunidades constitucionais...”, p. 36).

¹³² Art. 86, § 4º: “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

Presidente, condiciona o apoio a um projeto de empresa privada ao pagamento, para si, de soma em dinheiro.

Na hipótese em que o juízo de relação entre o crime e o exercício do cargo de Presidente for positivo, permite-se o julgamento durante o mandato, desde que preenchida a condição de procedibilidade consistente na autorização, pela Assembleia da República, em Portugal, e pela Câmara dos Deputados, no Brasil, que é a autorização do julgamento. Ao contrário, não havendo a relação do crime com o exercício das funções presidenciais, fica inviabilizada a persecução durante o exercício do mandato, o que somente poderá ocorrer depois de findo este, e perante os tribunais comuns. É natural que, até o fim do mandato, não haja o decurso do prazo prescricional.

Esse regramento denuncia a importância da definição sobre o liame funcional com o crime imputado ao Presidente da República: a identificação do Juízo competente para o processo e julgamento e do procedimento a ser observado.

4.2.2.1. O REGIME PORTUGUÊS

Com efeito, o Presidente da República portuguesa, e nos termos do art. 130º da Constituição da República, pelos crimes praticados no exercício das suas funções, responde perante o Supremo Tribunal de Justiça (nº 1) e, por crimes estranhos ao exercício das suas funções, responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns (nº 4). A norma em questão, como se vê, dá trânsito ao que se tem identificado como dignidade do cargo de Presidente da República, dando-lhe um juiz especial.

Quanto ao procedimento, e em se tratando de crime relacionado com as funções, nota-se que a iniciativa do processo contra o Presidente da República cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (art. 130º, nº 2). Identifica-se, nessa autorização, condição

de procedibilidade para o julgamento.

Portanto, a responsabilização criminal do Presidente da República, em Portugal, por crime afeto às funções do cargo ocorrerá em duas fases. A primeira, regulada no Regimento da Assembleia da República, consiste na acusação e desenvolve-se perante a Assembleia da República, Órgão perante o qual o processo é de ser desencadeado¹³³. A proposta deve contar com a iniciativa de 1/5 dos Deputados efetivos, tratando-se, pois, de uma iniciativa coletiva ou colegiada; para a sua aprovação exige-se o voto de, pelo menos, 2/3 dos Deputados efetivos; a avaliação que faz nessa fase é se uma alegada conduta ou omissão do Presidente da República preenche ou não os pressupostos de crime praticado no exercício das funções. Aprovada a acusação, na forma de Resolução da Assembleia, preenche-se a condição para o julgamento do Presidente da República perante o Supremo Tribunal de Justiça. Não há previsão, na Constituição da República, de suspensão do Presidente do exercício das suas funções. A esse respeito, parece razoável a ponderação de Jorge Miranda¹³⁴ no sentido de que seria impensável que um Presidente, nestas circunstâncias, pudesse manter-se no exercício das funções, em especial diante da tarefa de garantir o regular funcionamento das instituições; o caso, portanto, é de impedimento temporário e de natureza jurídica, convindo seja substituído pelo Presidente da Assembleia a República.

Questão de relevo é identificar a natureza jurídica da necessidade desta autorização de órgão parlamentar para o processamento do Presidente da República. Com efeito, se o sentido desse instituto é de fácil apreensão no âmbito da responsabilização política, já não é tão preclara quando se está diante de fatos que podem dar ensejo à responsabilização criminal, e esse tema é totalmente negligenciado pela doutrina. Mesmo assim

¹³³ JORGE MIRANDA assinala que o Presidente da República goza apenas de imunidade frente ao Ministério Público, pois a acusação é feita pelo e perante o Parlamento. (“Imunidades constitucionais...”, p. 36).

¹³⁴ “Imunidades constitucionais ...”, p. 37.

arriscamos opinião no sentido de que os fundamentos para a necessidade dessa autorização legislativa para o processo penal situam-se na mesma possibilidade de afetação das atividades inerentes ao exercício do cargo de Presidente da República, em prejuízo do regular funcionamento das atividades administrativas (no Brasil essa possibilidade é patente pela circunstância de o Presidente da República ser, também, o Chefe de Governo), bem como das instituições em geral; um processo criminal contra o Presidente pode afetar também a estabilidade da economia (se existente), pois afeta a credibilidade do Governo e da política econômica em desenvolvimento; pode significar uma intromissão de um Poder sobre outro; enfim, por essas e outras interferências possíveis, é que se mostra salutar a regra também aplicável à responsabilização criminal de se condicionar a instauração da ação penal a um prévio juízo de órgão parlamentar, que nos Estados Contemporâneos é o depositário último da vontade popular, e esse juízo há de assentar-se em critérios menos jurídico-penais e mais de conveniência política sobre a oportunidade do processo penal contra o Presidente.

A segunda fase é a do julgamento perante o Supremo Tribunal de Justiça. Tratando-se de processo de natureza criminal, o Presidente da República goza de todos os meios de defesa e garantias conferidos a qualquer cidadão objeto de processo criminal e que estão, de forma geral, previstos no já analisado art. 32º Constituição da República. Eventual renúncia do Presidente não extingue o processo, pois a condenação importa, também, em inelegibilidade para a eleição seguinte. O julgamento pode resultar em absolvição ou condenação; neste último caso, além da perda do cargo, se ainda o estiver exercendo, haverá a inelegibilidade para as próximas eleições (art. 130º, nº3), bem como a imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade ou outra pena cabível. No caso de condenação, é possível, também, que a Assembléia da República aprove lei de anistia relativamente a anteriores Presidentes, mas tal lei deve ser promulgada

ou pelo Presidente da República interino ou o novo Presidente; estes também podem, ouvido o Governo, indultar ou comutar a pena do ex-Presidente da República condenado.

Tratando-se de crime estranho ao exercício das funções, e com fundamento no nº 4 do art. 130º da Constituição, o Presidente da República português responde somente após o termo do mandato, tendo competência para tanto os tribunais comuns, ou seja, o tribunal competente de acordo com a lei geral. A norma pretende impedir que, considerando a natural publicidade do processo criminal, questões não afetas ao exercício do cargo da Presidência, nele discutidas, tomem espaço e perturbem o normal andamento da vida política do país. Aliás, e com esse fundamento, tem-se entendido que esta imunidade é irrenunciável pelo Presidente da República, pois também ela, como a prerrogativa de foro em razão da função¹³⁵, relaciona-se com a dignidade do cargo, sendo menos uma prerrogativa individual, e sim uma necessidade para o pleno exercício das relevantes funções que integram o rol de atribuições dessa Autoridade.

Esse regramento quanto aos crimes estranhos à função produz consequências no âmbito do direito material e processual. Em primeiro lugar, a duração do exercício da Presidência da República é causa de suspensão da prescrição quanto aos crimes em questão; além disso, o Presidente encontra-se proibido de promulgar leis de anistia e de descriminalização envolvendo os crimes de cuja prática é acusado¹³⁶, e eventual condenação não pode incluir a inelegibilidade. No campo processual, o fato de não poder o Presidente ser julgado por crimes estranhos ao exercício da função presidencial impede, também, que ele seja preso por qualquer fundamento (prisão em flagrante ou preventiva), ou lhe sejam impostas quaisquer outras medidas de

¹³⁵ O instituto determina que os ocupantes de cargos públicos de elevada importância republicana devem ser processados e julgados criminalmente por órgãos jurisdicionais superiores e colegiados, distintos do foro ordinário previsto ao cidadão comum.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República ...*, p. 121.

coação; ademais, durante o processo, o ex-Presidente tem assegurados todos os meios de defesa, e esta condição não pode ser causa de discriminações negativas.

4.2.2.2. O REGIME BRASILEIRO

Como referido acima, também o Presidente da República brasileiro não responde, durante o mandato presidencial, por “atos estranhos ao exercício de suas funções” - art. 86, § 4º da Constituição. Embora não haja previsão expressa no texto constitucional, como há no português, é claro que por tais atos ele pode responder depois de findo o mandato.

De todo modo, capta-se do comando constitucional que ele responde pelos crimes ligados ao exercício do cargo, e também aqui dois aspectos são relevantes: o Juízo competente para o processo e julgamento, bem como o procedimento a ser adotado.

Quanto ao primeiro aspecto, prevê a Constituição que o Presidente da República será julgado perante o Supremo Tribunal Federal¹³⁷; a norma consta no art. 86¹³⁸ e foi repetida no art. 102, que trata da competência desse Tribunal¹³⁹. Trata-se, portanto, de hipótese de foro diferenciado em razão do cargo desempenhado e, quanto aos fundamentos, repisa-se as observações acima feitas sobre a dignidade desse cargo, por aplicáveis

¹³⁷ Trata-se do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, funcionando como Tribunal Constitucional (com competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de leis) e como Tribunal com competência recursal (quando os recursos versarem matéria constitucional).

¹³⁸ “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”. (Grifo apostro).

¹³⁹ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”. (Grifo apostro).

in totum.

O procedimento também tem peculiaridades. Assim como em Portugal, o processo contra o Presidente da República do Brasil por crime comum é bifurcado, sendo a primeira fase destinada à obtenção de autorização por órgão parlamentar, e a segunda ao julgamento.

Deve-se atentar, inicialmente, para o fato de ser atribuição do Procurador-Geral da República a formulação de denúncia¹⁴⁰ contra o Presidente da República¹⁴¹. Protocolada a peça acusatória no Supremo Tribunal Federal, haverá a notificação da Câmara dos Deputados para que promova o procedimento adequado com o fim de autorizar, ou não, o processo e julgamento.

Na Câmara dos Deputados, segue-se o respectivo regimento¹⁴², sendo certo que o procedimento culmina com votação

¹⁴⁰ Aqui compreendida como a peça processual na qual está descrito fato criminoso com todas as suas circunstâncias e destinada a dar início a uma ação penal. Os requisitos da denúncia estão previstos em lei - art. 41 do Código de Processo Penal: “*exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*”.

¹⁴¹ A regra decorre da circunstância de ser o Procurador-Geral da República o chefe do Ministério Público Federal e exerce as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, competente para o julgamento do Presidente da República por crime comum.

¹⁴² O art. 217 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sob a epígrafe “Da Autorização para Instauração de Processo Criminal Contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”, estabelece que “*A solicitação do Presidente do Supremo Tribunal Federal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o Presidente (...) será recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, que notificará o acusado e despachará o expediente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, observadas as seguintes normas: I - perante a Comissão, o acusado ou seu advogado terá o prazo de dez sessões para, querendo, manifestar-se; II - a Comissão proferirá parecer dentro de cinco sessões contadas do oferecimento da manifestação do acusado ou do término do prazo previsto no inciso anterior, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pedido de autorização; III - o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania será lido no expediente, publicado no Diário da Câmara dos Deputados, distribuído em avulsos e incluído na Ordem do Dia da sessão seguinte à de seu recebimento pela Mesa; IV - encerrada a discussão, será o parecer submetido a votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados. § 1º. Se, da aprovação do parecer por dois terços dos*

plenária. Para que a instauração do processo contra o Presidente seja autorizado, é necessário o voto de dois terços dos membros da Câmara¹⁴³.

Qualquer que seja o resultado, o procedimento é devolvido ao Supremo Tribunal Federal. Como a referida autorização funciona como condição de procedibilidade, se não for satisfeito o quórum citado, a denúncia formulada contra o Presidente será arquivada.

Para esta hipótese, se é certo que a não autorização, pela Câmara, impede que o Supremo Tribunal Federal instaure a ação, dúvidas permanecem sobre a possibilidade de reapreciação da denúncia depois de findo o mandato do Presidente. Conforme já esclarecido, a situação regulamentada pela Constituição Federal é aquela em que o crime não tem relação com o exercício do cargo, o que faz com que a persecução criminal seja postergada para depois do encerramento do mandato; não está regulada a hipótese em que o crime tem a referida relação, mas o juízo negativo emitido pela Câmara impede a instauração da ação penal. Entendemos que, como a manifestação do órgão parlamentar em autorizar ou não a instauração da ação, é ditada por razões de ordem eminentemente políticas, e não jurídico-penais, deve ser admitida a reapreciação da denúncia depois de findo o mandato; essa solução privilegia o interesse na punição dos crimes, independentemente da condição do sujeito ativo, e impede a sempre nefasta impunidade.

Caso concedida a autorização pela Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal, competente para o processo e o julgamento, procede de acordo com a legislação aplicável¹⁴⁴ e

membros da Casa, resultar admitida a acusação, considerar-se-á autorizada a instauração do processo. § 2º. A decisão será comunicada pelo Presidente ao Supremo Tribunal Federal dentro do prazo de duas sessões”.

¹⁴³ É a previsão do art. 51 da Constituição: “*Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado*”.

¹⁴⁴ Vige, no Brasil, a Lei nº 8.080/90, que disciplina os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

o respectivo regimento interno. Uma das questões de relevo é que, em que pese ter havido a autorização pelo órgão parlamentar, a Suprema Corte poderá rejeitar a denúncia, caso a considere manifestamente inepta, ou entenda pela falta de pressuposto processual, condição ou justa causa para o exercício da ação penal¹⁴⁵.

Recebida a denúncia pelo Supremo Tribunal Federal, e por imposição da regra prevista no art. 86, §§ 1º e 2º, da Constituição, o Presidente ficará suspenso de suas funções; essa suspensão perdura por cento e oitenta dias; o afastamento cessará se, ao cabo deste prazo, o julgamento não estiver concluído, mas sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

Devidamente instruído e processado o feito, poderá ser proferida qualquer das modalidades de sentença criminal. Na hipótese de condenação, a sanção penal a ser aplicada é a cominada para o tipo legal no qual o Presidente foi considerado incurso - em regra, pena privativa de liberdade, na forma de reclusão ou detenção, cumulada ou não com multa, a depender da previsão legal. É aplicável a regra que possibilita a substituição da pena de prisão de até 04 (quatro) anos por penas alternativas, desde que preenchidas as condições legais para tanto estipuladas na legislação penal.

Relativamente à perda ou manutenção do cargo/mandato, é necessário lembrar que a presente discussão relaciona-se com a responsabilidade criminal, e que a perda do cargo é a sanção típica no âmbito da responsabilidade política. Desse modo, poder-se-á, no máximo, cogitar da perda do cargo como efeito da condenação criminal.

Neste particular, a legislação penal brasileira - art. 91 do Código Penal - prevê que qualquer condenação importará nos efeitos extra-penais de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda em favor da União dos

¹⁴⁵ Conjugação das normas previstas no art. 6º da Lei nº 8.080/90 e do art. 395 do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente.

instrumentos e do produto do crime e, no art. 92 vem contemplada regra no sentido de serem “*também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos*”. É importante ressaltar que este efeito, ao contrário daqueles previstos no art. 91, não é automático, “*devendo ser motivadamente declarado na sentença*” (parágrafo único do art. 92).

Portanto, a condenação criminal do Presidente da República no Brasil pode ensejar a perda do cargo, desde que preenchidas pelo menos uma das duas condições inscritas no transcrito art. 92 da Codificação Penal. Além disso, há a necessidade de declaração, na sentença condenatória, da perda do cargo. Mas, insistimos que esta forma de exoneração do cargo, se e quando aplicada, não é pena, e sim, efeito da condenação criminal.

4.3. SÍNTESE COMPARATIVA

Apresentados os principais aspectos do regime jurídico da responsabilização criminal do Presidente da República no Direito português e brasileiro, sintetizamos em termos comparativos, a seguir, os principais aspectos.

4.3.1. CONCEITO E NATUREZA DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

Em Portugal, e como demonstrado, o critério utilizado para essa definição é o sujeito do crime, que deve ser titular de cargo político, ou seja, deve ser ocupante de um dos cargos elencados nos artigos 3º e 3ºA da Lei nº 34/87 que, ademais, é

especial e cataloga um rol de crimes, mas nada impede que os referidos sujeitos pratiquem qualquer crime elencado na legislação penal em geral, desde que o façam na condição de titulares de cargo político.

Ou seja, em Portugal a denominação crime de responsabilidade relaciona-se ao sujeito, que deve ser titular de cargo político, e as infrações têm natureza penal. Muitos dos tipos penais são previstos, também, na legislação penal em geral, mas, para a incidência da norma especial, têm a peculiaridade de serem praticados por agente político no exercício do cargo, no caso em discussão, de Presidente da República.

No Brasil, a denominação “crimes de responsabilidade” é reservada às infrações político-administrativas referidas no art. 85 da CFB e catalogadas na Lei nº 1.079/50. Conforme já elucidado, a natureza destas infrações é essencialmente política, não se tratando de infrações penais. Desse modo, a responsabilização criminal do Presidente da República no Brasil, em sede de direito material, segue a mesma sistemática daquela usada para qualquer pessoa, ou seja, suas condutas com aparência de ilícitas devem ser subsumidas ao Código Penal e demais leis penais vigentes, não havendo, ademais, um diploma especial para catalogar crimes do Presidente da República.

Portanto, no Brasil é necessária a distinção entre os crimes de responsabilidade e os crimes comuns; aqueles somente podem ser praticados no exercício do cargo e têm natureza primordialmente política, não obstante a expressão “crimes”; os crimes comuns são aqueles previstos na legislação penal em geral, não existindo uma lei especial para a definição de crimes específicos para os detentores de cargos políticos ou mesmo do próprio do Presidente da República.

4.3.2. SUJEITOS DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

Em Portugal, e nos termos do art. 3º, Lei n. 34/87, podem

praticar crime de responsabilidade o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Deputado da Assembleia da República, o Membro do Governo, o Deputado ao Parlamento Europeu, o Representante da República nas regiões autónomas, o Membro de órgão de governo próprio de região autónoma, o Membro de órgão representativo de autarquia local e os titulares de altos cargos públicos (art. 3º-A, Lei n. 34/87).

No Brasil, as infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade, podem ser praticados, em nível federal, pelo Presidente da República, pelo Vice-Presidente da República, pelos Ministros de Estado, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República; em nível estadual, os Governadores e os Secretários dos Estados e, em nível municipal, o Prefeito Municipal e os Vereadores¹⁴⁶.

É claro que qualquer dessas autoridades, como qualquer cidadão, também podem praticar os crimes comuns, sujeitando-se à respectiva responsabilização; quanto ao Presidente da

¹⁴⁶ Quanto aos Prefeitos e Vereadores, trata-se de agentes políticos nos Municípios, o Prefeito como Chefe do Poder Executivo e os Vereadores como integrantes do Poder Legislativo local. O regime de responsabilidade destes agentes encontra-se em diploma legal diverso daquele aplicado aos agentes de nível federal e estadual, tratando-se do Dec.-Lei nº 201/1967, que “*Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências*”. Há nele uma peculiaridade: no art. 1º ele define “*crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário*”, elencando, a seguir, uma série de comportamento e, no § 1º, estabelece que “*Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos*”. Não há dúvida, assim, que se trata de crimes propriamente ditos, chamando a incidência do Direito Penal, o que vem confirmado no art. 2º do mesmo diploma legal, ao prever que “*O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações: (...)*”. Já no art. 4º há um rol de “*infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato*”, e no art. 5º que “*O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito,...*”. Portanto, o Decreto-Lei em questão é norma mista, contendo disposições de Direito Penal, além de disciplinar as infrações político-administrativas, e só neste aspecto assemelha-se à Lei nº 1.079/50, aplicável em âmbito estadual e federal.

República, e como já elucidado, vige a regra da dependência da responsabilização, durante o mandato, ao liame entre o crime e o exercício do cargo.

4.3.3. QUANTO AO ÓRGÃO JULGADOR

Inicialmente, há pontos comuns nos dois regimes: em ambos há a eleição de um Tribunal especial para proceder ao julgamento do Presidente da República, e também é exigido o preenchimento de condição de procedibilidade, consistente na autorização por Órgão Parlamentar, por quórum qualificado. Ademais, é determinante para a definição do órgão julgador a relação entre o crime e o exercício do cargo.

Cumprida esta condição de procedibilidade, em Portugal, o Presidente da República é submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal de Justiça, quando o crime tiver relação com o exercício do cargo; não tendo, posterga-se a responsabilização para depois de findo o mandato, e neste caso, a competência é do órgão judicial definido de acordo com as regras gerais de determinação da competência.

No Brasil, pelos crimes comuns o Presidente responde perante o Supremo Tribunal Federal, desde que, também, haja o liame entre o crime e o exercício da Presidência. Não havendo, somente ao final do mandato pode haver o processamento. Quanto ao órgão jurisdicional competente, aplica-se regra idêntica a de Portugal, pois a denominada prerrogativa de foro extingue-se com a extinção do mandato¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Essa questão foi objeto de muita controvérsia no Brasil. No ano de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou uma Súmula, a de nº 394, com o seguinte teor: “*Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício*”. No ano de 1999, a Corte, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito (nº 687-SP) cancelou a referida sumula, com o efeito de, cessado o exercício do cargo, cessaria, também, a prerrogativa de foro. Essa decisão gerou reação nos Poderes Executivo e Legislativo, que culminou na aprovação de uma lei, a Lei nº 10.628, de 24/12/02 que, alterando o artigo 84 do Código de Processo

Nos dois regimes, portanto, há uma *irresponsabilidade relativa* quanto às infrações não relacionadas ao exercício do cargo, tratando-se das cometidas antes do início do mandato e daquelas que, cometidas durante o *mandato*, não apresentem relação com as funções do *Presidente da República*.

4.3.4. QUANTO AO PROCEDIMENTO

Também quanto a esse aspecto há pontos comuns nos dois regimes jurídicos: em ambos a responsabilização criminal do Presidente da República é processada seguindo um procedimento especial, além de haver a necessidade de autorização prévia de órgão do Poder Legislativo, e essa autorização funciona como condição de procedibilidade para a fase de julgamento.

Em Portugal, conforme o artigo 130º, nº 1, da Constituição da República¹⁴⁸ e 33.º da Lei 34/87¹⁴⁹, pelos crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Plenário do Supremo Tribunal de Justiça. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções. Cumprida a condição, o processo é desenvolvido perante o referido Tribunal, observando-se a legislação processual penal e regimento interno.

Penal, instituiu, por lei, a extensão da prerrogativa de foro para depois de cessado o exercício do cargo. A referida lei, contudo, foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (nº 2.797 e nº 2.860), que foram acolhidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O resultado: cessado o exercício do mandato, cessa a prerrogativa de foro dele decorrente.

¹⁴⁸ “1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça”.

¹⁴⁹ Artigo 33.º - “Regras especiais aplicáveis ao Presidente da República. 1 - Pelos crimes de responsabilidade praticados no exercício das suas funções o Presidente da República responde perante o Plenário do Supremo Tribunal de Justiça. 2 - A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções”.

No Brasil, admitida a acusação pela prática de crime comum contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, ele será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰. Conforme já esclarecido alhures, perante esta Corte o processo desenvolver-se-á de acordo com a Lei nº 8.038/90 e o Regimento Interno, com aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

4.3.5. QUANTO AO SANCIONAMENTO E EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Em Portugal, a Lei nº 34/87 estabelece a pena privativa de liberdade como sanção típica pela prática dos crimes de responsabilidade. Como efeito da condenação, *haverá* a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.

No Brasil, a condenação definitiva por crime comum praticado pelo Presidente da República no exercício do cargo importará na aplicação de sanção de natureza penal. E, como efeito da condenação, poderá haver a perda do cargo como efeito da condenação, desde que preenchidas as condições legais e declarado na sentença.

CONCLUSÕES

A possibilidade de responsabilização dos ocupantes de cargos políticos funciona como concretização do princípio democrático, além de ser mecanismo de limitação do poder: o ocupante de cargo político administra coisa alheia e, nesta condição, é responsável por prestar contas e submeter-se às consequências da ação ineficiente ou subjetivamente direcionada à obtenção de vantagens indevidas.

¹⁵⁰ Art. 86 da CF: “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...”.

Dentre as várias espécies de responsabilidade, mostra-se especialmente importante o estudo da política e a da criminal, em especial quanto à natureza do ato que aciona cada uma delas, a forma de identificação do ato, bem como ao sancionamento cabível.

Há relação entre a responsabilização política e a criminal, mas esta última é direcionada para aquelas condutas que mais gravemente afetam valores essenciais da coletividade e, por isso, admite a mais grave das sanções, a privativa de liberdade. Mas, a aplicação exige o respeito aos princípios tradicionais do Direito Penal, ressaltando-se a legalidade e da necessidade da pena, que reflete a ideia de *ultima ratio*.

A responsabilização dos ocupantes de cargos políticos no âmbito criminal justifica-se pela circunstância de, com o seu exercício, ser possível a afetação incisiva de direitos fundamentais dos representados, bem como o acesso privilegiado a recursos de toda ordem, sendo potencialmente muito lesivas as condutas desviadas no exercício do poder.

O regime jurídico português, atento a estas especificidades, contém um rol de crimes de responsabilidade, aqueles que exigem o exercício de cargo político como condição especial do sujeito ativo; além destes crimes, os ocupantes destes cargos podem praticar qualquer outro crime previsto na legislação especial.

A persecução penal, durante o exercício do mandato, somente se viabiliza se a prática do crime for relacionada com as funções da Presidência; do contrário, a responsabilização criminal deverá aguardar a cessação do exercício do mandato. O regime jurídico brasileiro também contempla a categoria de crimes de responsabilidade; contudo, estes não têm natureza criminal, o que é denunciado pelo sancionamento - perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo público por oito anos.

Considerando a proeminência do cargo de Presidente da República, os regimes estudados submetem a instauração de

processo criminal a uma condição de procedibilidade, a autorização, por quórum qualificado, de um órgão do Poder Legislativo. A medida visa dificultar o início de processo, mas também projeta sobre ele influxos de ordem política.

O todo exposto denota preocupação dos regimes jurídicos estudados com a responsabilização do Presidente da República, inclusive no âmbito criminal, como um dos elementos de afirmação da ordem jurídica. Mas, entendemos que o regime português apresenta-se mais apurado, em três aspectos; o primeiro diz com a existência de legislação especial para tipificar as condutas deste agente político e que são consideradas inadmissíveis, a ponto de mobilizar o sistema de justiça criminal para coibi-las e puni-las; no Brasil, a inexistência de legislação específica demanda a árdua tarefa de subsumir os atos do Presidente aos tipos elencados em vastíssima legislação criminal. O segundo aspecto diz respeito à clareza sobre a natureza jurídica dos crimes de responsabilidade, tratando-se em Portugal claramente de condutas que mobilizam o Direito Penal; no Brasil, desde há muito é discutida a natureza dos “crimes” de responsabilidade e, ainda hoje, embora em minoria, há quem sustente que se trata de conceito próprio do direito criminal - com o que não concordamos, conforme exposto. Por fim, outra vantagem da legislação portuguesa diz respeito à exoneração do cargo do Presidente condenado criminalmente; no Brasil, tratando-se apenas de possível efeito da condenação, não há inviabilidade de alguém condenado criminalmente continuar a exercer o cargo máximo na hierarquia do Poder Executivo, o que evidentemente se mostra de todo contraproducente no tocante à moralidade e probidade que devem ser ínsitas a quem exerce tal cargo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999;
- BEAUD, Oliver. “La responsabilité politique face à d’autres formes de responsabilité des gouvernants”. *Pouvoirs, Revue Française D’études Constitutionnelles et Politiques*, nº 92 - La responsabilité des gouvernants, pp. 17-30;
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;
- BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. “Princípios Fundamentais do Direito Penal”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, nº 15, julho-setembro de 1996, p. 81-88;
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Traduzido por Carmen C. Varrialle e outros. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991;
- BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal na Constituição*. In Estudos sobre a Constituição, 2º vol. Separata. Lisboa, 1978;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003;
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. II, 4ª edição revista. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010;
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991;
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999;
- CONDE, Francisco Muñoz e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 1196;
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975;

- CONSTANT, Benjamim. *Cours de Politique Constitutionnelle*. Paris: Librairie de Guillaumin, 1872;
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- _____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001;
- DIEZ-PICAZO, Luis María. *La Criminalidade de los Gobernantes*. Barcelona: Editora Crítica, 1996;
- DÍOS, Manuel SAcnhez. *La moción de censura*. Madrid: Edição do Congreso de los Diputados, 1992;
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. “Constituição e escolha dos bens jurídicos”. Tradução do italiano de José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, 4 (1994), p. 155 e seg.;
- FIANDACA, Giovanni. *O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal*, in RT Vol. 776, junho 2000, pp. 409-439;
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977;
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Impeachment*. 2ª Ed. Belo Horizonte: D’Plácido Editora. 2016;
- GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 10ª édition. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1930;
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Trad. Espanhola de Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981;
- LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003;

- _____. Tibério Deciani e o Sistema Penal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*, nº 02, Coleção Jus Aeternun. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;
- MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la Theorie Generale de L'etat*. Paris: Centre National de AL Recherche Scientifique, 1920;
- MELIM, Mafalda Moura. A relevância do dolo nos crimes de responsabilidade penal política. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 2, Jul.-Dez. 2015.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006;
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 9ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011;
- _____. “Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade”. In *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Vol. XV, 2001, Tomo 2, Separata
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora;
- NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997;
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2010;
- PALMA, Maria Fernanda. “Responsabilidade Penal e Responsabilidade Política”. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, nº 1, jan-jun/2015, pp. 3-15;
- _____. *Direito Penal*. Lisboa: AAFDL Editora, 2016;
- PEREIRA, André Gonçalves. *Direito Público Comparado. O Sistema de Governo Semi-Presidencial*. Lisboa:

- Associação Acadêmica de Lisboa, 1984;
- PINTO, Ricardo Leite e CORREIA, José de Matos. *A responsabilidade Política*. In *Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Almedina, 2007;
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment: aspectos políticos da responsabilidade política do Presidente da República*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965;
- PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal – Parte General*. Barcelona: PPU - Promociones Publicaciones Universitarias, 1984;
- RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998
- RUDOLPHI, Hans Joachim. Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico. *Revista Nuevo Pensamiento Penal*. Buenos Aires, año 4, nº 7, julio-septiembre de 1975, pp. 329-347;
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2016;
- TROPER, Michel. “Responsabilité Politique et Formation Gouvernementale”. In *La Responsabilité des Gouvernants*, BEAUD Oliver e BLANQUER, Jean-Michel. (Coord.) Paris: Editeur Descartes & Cie 1999, pp. 31/49;
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994;
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. S. João do Estoril: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001;
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral - Aspectos Fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.