

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CONSULTA

Em virtude de várias manifestações, jurídicas e políticas, segundo as quais a atual Presidente da República teria incorrido em comportamentos caracterizadores de crime de responsabilidade, o ilustre advogado FLÁVIO CROCE CAETANO, apresenta as seguintes questões:

1. Qual o alcance e o significado do artigo 86, §4º da Constituição Federal? Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos? Em síntese, pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior? Como interpretar o artigo 15 da Lei nº 1.079/1950 a luz do artigo 86, §4º da Constituição Federal?

2. Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissiva? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?

3. Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual quórum deve ser obedecido?

4. A reprovação das contas presidenciais pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade?

5. Considerando o teor do artigo 86, *caput* da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PARECER

01. O *impeachment* nada mais é que um “processo legal de apuração de responsabilidade política do Presidente da República”¹. Não se trata de um instrumento passível de ser utilizado em virtude da baixa popularidade de um governo ou da sua falta de apoio parlamentar. Portanto, não se pode confundir o *impeachment* com o voto de desconfiança, existente nos países de sistema parlamentarista, ou com outros institutos como o *recall* de cargos eletivos, presente em alguns Estados norte-americanos, como a Califórnia, ou como o referendo revogatório de mandato, previsto no artigo 72 da Constituição da Venezuela de 1999.

Por se tratar de um processo de apuração de responsabilidade política do Chefe do Executivo, o *impeachment* deve observar rigorosamente as exigências determinadas no texto da Constituição², no caso brasileiro, as previstas particularmente nos artigos 85 e 86 do texto constitucional de 1988. Aliás, sobre a necessidade do respeito às limitações constitucionais existentes no processo de *impeachment*, esclarece o jurista norte-americano Raoul Berger:

“Por fim, uma consideração apropriada sobre o propósito dos Fundadores, uma determinação em evitar os excessos que estigmatizaram para sempre o julgamento do caso Johnson, deveria obrigar o Congresso a declinar de qualquer poder ilimitado e a agir dentro dos limites constitucionais. Se há, de fato, ‘limites’ ao poder de impeachment, o Senado não poderá exceder a tais limites

¹ Paulo BROSSARD, *O Impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 7.

² Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª ed, New York, Foundation Press, 2000, vol. 1, pp. 152-154. Sobre a interpretação chamada de “legalista” das regras constitucionais e legais no processo de *impeachment*, vide Jeffrey K. TULIS, “Impeachment in the Constitutional Order” in Joseph M. BESSETTE & Jeffrey K. TULIS (orgs.), *The Constitutional Presidency*, Baltimore/London, The John Hopkins University Press, 2009, pp. 229-235. Vide, ainda, Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 182-183.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*quando age 'judicialmente' tanto quanto não pode quando age 'legislativamente'. Todos os poderes do Estado estão confinados aos 'limites' determinados pela Constituição, e o propósito fundamental de tais 'limites' foi o de estipular barreiras ao tão temido poder legislativo. Não se deixou à discricionariedade ilimitada daquele poder a possibilidade de interferir nos demais poderes pelo recurso ao poder de impeachment"*³.

02. Os crimes de responsabilidade são atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição, devendo ser previamente definidos em lei especial federal. Não são ilícitos penais propriamente ditos, mas atos cuja sanção é, em princípio, política, não penal. Isto não impede que a legislação preveja, em certos casos, a dupla sanção, implicando em um processo penal paralelamente ao processo político⁴. A função do *impeachment* não é punir indivíduos, mas proteger o país de danos ou ameaças por parte de um governante que abusa do seu poder ou subverte a Constituição⁵. A Constituição brasileira de 1988 assim estabelece, em seu artigo 85:

"São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre

³ No original: "Finally, a decent regard for the design of the Founders, a resolve to avoid the excesses which forever stigmatized the Johnson trial, should constrain the Congress to disclaim unlimited power and to act within constitutional confines. If there are indeed 'limits' to the impeachment power, the Senate may no more act in excess of those limits when it acts 'judicially' than when it acts 'legislatively'. Every branch of government is confined to the 'limits' drawn in the Constitution, and the chief purpose of those 'limits' was to fence in the much-feared legislative branch. It was not left to the unlimited discretion of that branch to disrupt the other branches through resort to the impeachment power" in Raoul BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, reimpr., Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 1999, pp. 313-314.

⁴ Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 71-75. Para o debate norte-americano sobre o conteúdo e alcance das condutas criminosas passíveis de atribuição ao Chefe do Executivo em caso de *impeachment*, vide Raoul BERGER, *Impeachment cit.*, pp. 56-107. Vide, ainda, Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law cit.*, vol. 1, pp. 155-156 e 169-175.

⁵ Paulo BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 127-128 e Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law cit.*, vol. 1, p. 158.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento".

Este conjunto de crimes de responsabilidade foi regulamentado pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950⁶. Todas as condutas listadas pelo artigo 85 da Constituição de 1988 e pela Lei nº 1.079/1950 são atos funcionais de responsabilidade do Presidente da República em virtude de suas competências e prerrogativas constitucionais do chefe de Estado e de governo. Ou seja, o Presidente da República, no exercício do cargo, pode incorrer em crime de responsabilidade se afrontar a ordem constitucional vigente em vários de seus aspectos, definidos pelo artigo 85 da Constituição e pela Lei nº 1.079/1950. Não são situações que comportam a omissão ou a culpa, mas a atuação deliberada (e dolosa) do Chefe do Poder Executivo em contraposição direta à Constituição da República. Não por acaso, o artigo 85 da Constituição explicitamente menciona que são crimes de responsabilidade do Presidente

⁶ A recepção da maior parte do texto da Lei nº 1.079/1950 pela Constituição de 1988 foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em várias ocasiões, notadamente nos mandados de segurança impetrados pelo ex-Presidente Fernando Collor de Mello durante o seu processo de *impeachment* (MS nº 21.564 - DF, MS nº 21.623 - DF e MS nº 21.689 - DF). Para uma análise profunda das decisões do Supremo Tribunal Federal durante o processo de *impeachment* do ex-Presidente Collor, vide Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA, *Staat und Justiz in Brasilien: Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien - Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Kaiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, pp. 149-151 e 161-178.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo da República determinados “atos” que atentem contra a Constituição⁷. Não se trata de omissão ou inação, mas de ação deliberada do Chefe do Executivo.

O artigo 86, §4º da Constituição de 1988⁸ determina que os atos que caracterizam o crime de responsabilidade devem ser praticados durante o mandato presidencial, no exercício do cargo⁹. Ou seja, o Presidente da República não pode ser réu de um processo de *impeachment* motivado por atos estranhos à função presidencial ou ocorridos fora do seu mandato.

A determinação do artigo 86, §4º da Constituição pertence ao texto original, que não previa a possibilidade de reeleição para os cargos do Poder Executivo. A Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, introduziu a reeleição para um único período subsequente para os detentores de cargos de Chefe do Executivo. No entanto, a possibilidade de reeleição não eliminou o fato de a Constituição prever que o mandato presidencial dura quatro anos, conforme dispõe o seu artigo 82¹⁰.

Ao ser reeleito, o Presidente da República inicia um novo mandato de quatro anos. O fato de poder exercer a função por oito anos não transforma este período em um mandato único. Pelo contrário, a Constituição expressamente afirma no artigo 82 que o mandato é de quatro anos e, caso

⁷ Como não são matéria propriamente de cunho penal, mas político, aos crimes de responsabilidade não é aplicável a tradicional distinção do Direito Penal entre crimes omissivos próprios e impróprios. Sobre esta distinção, vide, por todos, JUAZES TAVARES, *Teoria dos Crimes Omissivos*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, Marcial Pons, 2012, pp. 294-311.

⁸ Artigo 86, §4º da Constituição de 1988: “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

⁹ Para a discussão nos Estados Unidos, vide o clássico JOSEPH STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States; with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, Before the Adoption of the Constitution (Abridged by the Author)*, reimpressão da edição de 1833, Durham, Carolina Academic Press, 1987, § 400, pp. 283-284. Paulo Brossard tem entendimento diverso, justificado pelo fato de ter escrito sua obra clássica sobre o *impeachment* sob a vigência da Constituição de 1946 que, em seus artigos 88 e 89, não estipulou, como a Constituição de 1988, a ressalva de que o Presidente não pode ser responsabilizado por atos estranhos às suas funções ou ocorridos anteriormente à vigência de seu mandato. Cf. PAULO BROSSARD, *O Impeachment cit.*, pp. 136-137.

¹⁰ Artigo 82 da Constituição de 1988: “O mandato do Presidente da República é de 4 (quatro) anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição”.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo reeleito, o Presidente inicia um novo mandato. São mandatos distintos de quatro anos cada. Se não fosse assim, não haveria necessidade de uma nova eleição presidencial, de uma nova posse ou de confirmação e nomeação de novos Ministros no momento da nova posse. Deste modo, o Presidente da República não pode responder por eventuais atos cometidos em mandatos anteriores, mesmo que imediatamente anterior ao seu presente mandato, conforme determina o artigo 86, §4º da Constituição de 1988.

O artigo 15 da Lei nº 1.079/1950¹¹ só pode ser interpretado de acordo com o disposto na Constituição, ou seja, a eventual denúncia só pode ser recebida durante o mandato presidencial a que ela se refere. Qualquer outra interpretação levaria ao paroxismo de interpretarmos a Constituição segundo a lei, e não a lei conforme a Constituição¹².

03. Compete ao Tribunal de Contas da União ser órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da atuação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e entes da Administração Direta e Indireta (artigos 70 e 71 da Constituição de 1988). O Tribunal de Contas da União, assim, aprecia as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República (artigo 71, I), mas não é o órgão constitucionalmente competente para julgar essas contas. Compete exclusivamente ao Congresso Nacional o poder de julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República (artigo 49, IX da Constituição). Em suma, no que diz respeito ao julgamento das contas do Presidente da República, segundo o texto constitucional de 1988, a competência é exclusiva do Congresso Nacional. Não cabe a um órgão auxiliar, o Tribunal de Contas da União, julgar as contas da Presidência. Sua função é analisar essas contas e emitir um parecer para que

¹¹ Artigo 15 da Lei nº 1.079/1950: "A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo".

¹² Sobre a interpretação conforme a Constituição, vide Lenio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 3ª ed, São Paulo, RT, 2013, pp. 746 e ss.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

o Congresso Nacional possa utilizar como eventual fundamento de sua decisão sobre as contas presidenciais.

Um parecer do Tribunal de Contas da União, rejeitando ou aprovando as contas anuais da Presidência da República, nada mais é que um documento elaborado por uma assessoria, em princípio, técnica. Ele só tem efeitos jurídicos se for aprovado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência constitucional exclusiva de julgamento das contas presidenciais. A decisão sobre as contas do Presidente da República cabe tão somente ao Congresso Nacional, cuja decisão não está vinculada ao parecer do Tribunal de Contas da União. O Congresso Nacional pode acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas da União. A Constituição não determina a necessidade de quórum qualificado para a apreciação das contas presidenciais pelos membros do Congresso Nacional, o que deve ser feito, portanto, por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos congressistas (artigo 47¹³).

A eventual rejeição das contas presidenciais pelo Congresso Nacional não configura crime de responsabilidade. São duas decisões distintas. A aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República ocorre por maioria simples de votos. Se a rejeição das contas implicasse necessariamente em crime de responsabilidade do Presidente da República, haveria a necessidade de ser decidida por quórum de dois terços, como determina o artigo 86, *caput* da Constituição:

"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".

¹³ Artigo 47 da Constituição de 1988: "Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros".

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Aliás, esta determinação do quórum de dois terços da Câmara dos Deputados para admitir a acusação contra o Presidente da República por crime de responsabilidade não pode ser deturpada, sob pena de violação do devido processo legislativo¹⁴. Uma eventual decisão do Presidente da Câmara pelo arquivamento de uma denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República que fosse submetida a recurso perante o Plenário da Câmara dos Deputados só pode ser revertida pelo mesmo quórum qualificado exigido pelo artigo 86, *caput* da Constituição. A Constituição determina que as decisões relativas à admissibilidade de acusação do Presidente da República por crime de responsabilidade só podem ser tomadas com o quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados. A utilização de qualquer outro quórum, como a maioria simples, configurará verdadeira fraude à Constituição ou até mesmo uma quebra constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*)¹⁵.

04. O fundamento da República brasileira é a soberania popular, conforme enuncia expressamente o artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1988. A legitimidade popular é a base de todos os que exercem mandato político no Brasil, inclusive o Presidente da República.

Qualquer tentativa de deslegitimação da consagração eleitoral nas urnas deve ser vista com extrema cautela, sob risco de instrumentalizarmos as instituições republicanas às paixões partidárias do momento. Como afirmei

¹⁴ Sobre a importância do devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito, vide Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, *Devido Processo Legislativo: Uma Justificação Democrática do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo*, 3ª ed, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

¹⁵ Vide Gerhard LEIBHOLZ, "Die Verfassungsdurchbrechung" in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, reimpr. da 3ª ed, Frankfurt-am-Main, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1974, pp. 185-198; Hans HAUG, *Die Schranken der Verfassungsrevision: Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassungsgebenden Gewalt (Betrachtung zum Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre)*, Zürich, Schulthess & CO. AG., 1947, pp. 166-168; Karl LOEWENSTEIN, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, pp. 40-41; Horst EHMKE, "Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung" in *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, Athenäum Verlag, 1981, pp. 142-172 e Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.*, reimpr. da 20ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 29-30 e 290-292.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no início deste parecer, o fato de um governo ser impopular ou de não conseguir uma maioria parlamentar de apoio às suas políticas não justifica, necessariamente, a abertura de um processo de *impeachment*. O *impeachment* não é um voto de desconfiança, como ocorre no sistema parlamentarista, assim como não configura um *recall* ou forma de revogação popular de mandato eletivo.

O respeito à vontade das urnas é essencial em qualquer Estado Democrático de Direito. O processo de *impeachment* deve ser sempre o último recurso, um poder a ser exercido com extrema cautela em casos extremos de comprovada violação da Constituição, e deve ter o apoio majoritário da sociedade¹⁶, não apenas uma de uma maioria parlamentar exasperada ou manipulada por interesses econômicos e políticos contrariados com a preservação da estabilidade das instituições democráticas no Brasil.

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. Qual o alcance e o significado do artigo 86, §4º da Constituição Federal? Para fins de eventual responsabilização por impedimento, em hipótese de reeleição presidencial, pode-se cogitar de continuidade de mandato ou são mandatos autônomos? Em síntese, pode haver responsabilização no segundo mandato por conduta eventualmente ocorrida em mandato anterior? Como interpretar o artigo 15 da Lei nº 1.079/1950 a luz do artigo 86, §4º da Constituição Federal?

O artigo 86, §4º da Constituição de 1988 determina que os atos que caracterizam o crime de responsabilidade devem ser praticados durante o mandato presidencial, no exercício do cargo. Ou seja, o Presidente da República não pode ser réu de um processo de *impeachment* motivado por atos

¹⁶ Neste mesmo sentido, vide Raoul BERGER, *Impeachment cit.*, pp. 312-313.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo estranhos à função presidencial ou ocorridos anteriormente ao seu mandato. Ao ser reeleito, o Presidente da República inicia um novo mandato de quatro anos. O fato de poder exercer a função por oito anos não transforma este período em um mandato único, como bem explicita o artigo 82 da Constituição. O artigo 15 da Lei nº 1.079/1950 só pode ser interpretado de acordo com o disposto na Constituição, ou seja, a eventual denúncia só pode ser recebida durante o mandato presidencial a que ela se refere.

2. Em se tratando da prática de eventual crime de responsabilidade, o Presidente da República poderá responder tanto por conduta comissiva como omissiva? Pode ser responsabilidade apenas na modalidade dolosa ou na culposa também?

O artigo 85 da Constituição explicitamente menciona que são crimes de responsabilidade do Presidente da República determinados "atos" que atentem contra a Constituição. Não se trata de omissão ou inação, mas de ação deliberada do Chefe do Executivo. Portanto, só pode haver responsabilidade na modalidade dolosa.

3. Eventual parecer do Tribunal de Contas da União pela rejeição de contas presidenciais precisa ser aprovado pelo Congresso Nacional? Qual quórum deve ser obedecido?

Um parecer do Tribunal de Contas da União, rejeitando ou aprovando as contas anuais da Presidência da República, só tem efeitos jurídicos se for aprovado pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência constitucional exclusiva de julgamento das contas presidenciais. A Constituição não determina a necessidade de quórum qualificado para a apreciação das contas presidenciais pelos membros do Congresso Nacional, o que deve ser feito, segundo o artigo 47, por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos congressistas.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

4. A reprovação das contas presidenciais pode ser utilizada como fundamento de eventual denúncia por crime de responsabilidade?

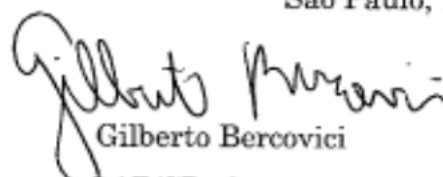
A eventual rejeição das contas presidenciais pelo Congresso Nacional não configura crime de responsabilidade. São duas decisões distintas. A aprovação ou rejeição das contas do Presidente da República ocorre por maioria simples de votos. Se a rejeição das contas implicasse necessariamente em crime de responsabilidade do Presidente da República, haveria a necessidade de ser decidida por quórum de dois terços, como determina o artigo 86, *caput* da Constituição.

5. Considerando o teor do artigo 86, *caput* da Constituição Federal, que estabelece o regime jurídico a ser observado em crime de responsabilidade, poder-se-ia admitir que o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria simples, acolhesse recurso contra a decisão de arquivamento de denúncia do Presidente da Casa?

Uma eventual decisão do Presidente da Câmara pelo arquivamento de uma denúncia de crime de responsabilidade do Presidente da República que fosse submetida a recurso perante o Plenário da Câmara dos Deputados só pode ser revertida pelo mesmo quórum qualificado exigido pelo artigo 86, *caput* da Constituição. A Constituição determina que as decisões relativas à admissibilidade de acusação do Presidente da República por crime de responsabilidade só podem ser tomadas com o quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 12 de outubro de 2015.


Gilberto Bercovici
OAB/SP nº 146.723