

## PARECER JURÍDICO

### EMENTA:

**I.** PROLEGÔMENOS E FORMULAÇÃO DOS QUESITOS. **II.** A ELABORAÇÃO TEÓRICA DAS FUNÇÕES DO ESTADO. **III.** A FUNÇÃO POLÍTICA DO ESTADO. **IV.** A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA. **V.** O *CRIME* DE RESPONSABILIDADE: NATUREZA JURÍDICA. **VI.** O *CRIME* DE RESPONSABILIDADE: EXTENSÃO DO DIREITO DE DEFESA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. **VII.** O *CRIME* DE RESPONSABILIDADE: ELEMENTOS CARACTERIZADORES. **VII.A.** A prática de conduta típica durante o exercício do mandato e no exercício das funções. **VII.B.** A culpabilidade estrita: conduta dolosa grave. **VIII.** O PAPEL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E O DESCABIMENTO DE RECURSO AO PLENÁRIO NO CASO DE EXAME DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO POR SEU PRESIDENTE. **IX.** RESPOSTAS AOS QUESITOS.

**CONSULENTE: Partido dos Trabalhadores – PT**

### I. PROLEGÔMENOS E FORMULAÇÃO DOS QUESITOS

Honra-nos o **Partido dos Trabalhadores – PT**, com sede à SCS, quadra 2, bloco C, n.º 256, 1º andar, Ed. Toufic, Asa Sul, Brasília-DF, com Consulta no tema dos requisitos jurídicos para a cominação da infração político-administrativa de *impeachment* ao Presidente da República e, ainda, quanto ao cabimento de recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados no caso de despacho do Presidente da Casa que não recebe a denúncia de infração político-administrativa. Assim, nos foram formulados os seguintes quesitos:

**PRIMEIRO QUESITO:** NO PLANO DO DIREITO MATERIAL, QUAIS SÃO OS REQUISITOS JURÍDICOS PARA A COMINAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE *IMPEACHMENT* AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA?

**SEGUNDO QUESITO:** NA HIPÓTESE DE DESPACHO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS NÃO RECEBENDO, DENTRO DO EXERCÍCIO DO EXAME PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE, A DENÚNCIA DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, É CABÍVEL RECURSO AO PLENÁRIO DA CASA?

Para que possamos responder aos quesitos apresentados, sustentaremos que a aplicação do chamado *impeachment* ao Presidente da República face à prática de conduta típica – ilícita – no exercício de suas funções é um recurso excepcional e que demanda o acolhimento de uma compreensão da Constituição da República à luz dos princípios republicano e democrático, devendo-se evitar a compreensão literal e isolada dos seus artigos 85 e 86 e da Lei n.º 1.079/50.

Como se sabe, a investidura de um mandato representativo submete os agentes públicos ao exercício do múnus, ou seja, a um conjunto de deveres e responsabilidades, em benefício da coletividade.

Trata-se de uma decorrência do princípio republicano, o qual é o alicerce do Estado brasileiro. Em outras palavras, ao longo do exercício do mandato popular, os representantes podem ser responsabilizados por atos praticados no decorrer deste mesmo mandato.

Em regimes presidencialistas, o chefe de governo e de Estado – reunidos em uma só pessoa – pode sofrer, assim, o impedimento de seu mandato

pelo Legislativo, mas apenas com a comprovação de condutas caracterizadoras de ilícitos e mediante métodos processuais que garantam ampla defesa e contraditório.

Conforme estipulado no artigo 85 da Constituição da República, o Presidente da República poderá sujeitar-se à excepcional medida de perda do mandato por infração político-administrativa desde que preenchidos determinados requisitos. Eles compreendem, essencialmente, a prática de conduta típica no exercício de mandato atual e uma intencional violação de dever.

Portanto, sustentaremos que, especificamente com relação à questão da prática de conduta típica, para que o mandatário sofra impedimento, a conduta em questão necessariamente deve estar vinculada ao mandato vigente, e não ao anterior. Trata-se de decorrência inafastável do caráter republicano das representações populares, marcadas, essencialmente, pela periodicidade dos mandatos.

Por essa razão é que a possibilidade, em tese, de reeleição não significa que ambos os mandatos – cada um de quatro anos – serão considerados um mesmo período para fins da responsabilização político-administrativa consistente no *impeachment*.

Para os chamados agentes políticos não se aplica a regra da continuidade administrativa, incidente apenas para os agentes públicos que possuem vínculo profissional com o Estado. Para eles, a habilitação técnica os qualifica a entreter relação que se prolonga no tempo, sem qualquer descontinuidade.

Portanto, a reeleição do Presidente da República não viabiliza a responsabilização político-administrativa por ato pretérito, isto é, praticado no primeiro mandato.

Nesses termos, apresentaremos na presente Consulta, sob a perspectiva do Direito material, os requisitos jurídicos para a cominação de infração político-administrativa ao Presidente da República, os quais, no nosso entender, seguem uma tipologia constitucional estrita.

A Constituição da República, conforme demonstraremos, conferiu ao Presidente da República todas as garantias do regime republicano-representativo, sem o qual estaria inviabilizado o exercício da relevante função pública de chefia do Estado e do governo, imunizando-o de oportunismos ilegítimos.

O regime jurídico deste excepcional mecanismo de controle deve ser construído considerando-se, ainda, a elaboração teórica das funções do Estado e o conceito de função política assimilada por esta mesma construção informadora de toda a estrutura do Estado, dada pela Constituição.

Em outras palavras, os requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República devem ser extraídos do quanto disposto no nosso Direito positivo, especialmente considerando o arcabouço constitucional, o que não se reduz à intelecção literal e isolada dos artigos 85 e 86 da Constituição da República, como se passa a expor.

## II. A ELABORAÇÃO TEÓRICA DAS FUNÇÕES DO ESTADO E O CONCEITO DE FUNÇÃO POLÍTICA

Na elaboração das funções do Estado, afastamo-nos da modelagem da clássica teoria da “*separação dos poderes*” de modo a evitar a construção de uma concepção de soberania divisível, fracionada. Assim, “*só por antonomásia é que se poderia denominar de separação de poderes a doutrina que pretende explicar e justificar a estruturação do*

'*poder*' do Estado'<sup>1</sup>.

O poder do Estado é indivisível e personifica o *poder político* do povo. Portanto, basear análise em separação de poder é um contrassenso: o que, por natureza, é uno, não se sujeita a divisibilidade. Nos termos propostos por Karl Loewenstein, a chamada separação é, na verdade, distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado, razão pela qual o vocábulo deve ser entendido de maneira meramente figurativa<sup>2</sup>.

Por conseguinte, a ideia de "*separação dos poderes do Estado*", como técnica de limitação do *poder político* deve dar lugar a uma abordagem feita a partir das funções do Estado. Apenas as funções – atividades específicas, coordenadas e teleológicas – é que se sujeitam a parcelamentos, conforme Georges Burdeau<sup>3</sup>.

Tratando-se de expressão com conteúdo polissêmico, há de se fazer um levantamento da construção semântica das *funções do Estado*. Assim conduz-se um esforço de composição de um conteúdo de significado comum, com alguma objetividade, ao qual se possa referir para a análise a que nos propomos.

Cícero, no século 1 a.C. defendeu que a melhor alternativa às formas de governo monarquia, aristocracia e democracia seria aquela que resultasse da combinação das três. Isso garantiria a igualdade e a liberdade<sup>4</sup>. Aristóteles apontou, no século IV a.C., dentro do contexto de funções do Estado, a existência das funções deliberativa, executiva e judicial<sup>5</sup>. Políbio, no século II a.C., propôs o chamado governo misto, o qual considerava ideal pela combinação entre as formas de governo

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos. Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade. *Revista do Advogado*. São Paulo. Vol. 23, n.º 73, p. 21-26, nov. 2003, p. 24.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 55.

<sup>3</sup> BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du droit public*. Paris, n.º 60, p. 202-228, 1945.

<sup>4</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. Livro I, Capítulo XLV. São Paulo: Atena, 1956.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Brasília: UNB, 1997.

clássicas<sup>6</sup>.

Com efeito, Aristóteles foi o primeiro a apontar de tal modo organizado a existência das funções do Estado. Não se pode falar que haja nele, porém, alguma indicação de que estas funções seriam mais bem desempenhadas quando atribuídas a órgãos diferentes. Em Cícero e Políbio, do mesmo modo, não se pode falar que às diferentes funções corresponderiam diferentes órgãos.

Apenas mais tarde, com John Locke, é que se pode falar na necessidade de entrega de diferentes funções a distintos órgãos do Estado. Sua obra *Two treatises on government* contém o elemento fundamental para o reconhecimento das diferentes funções estatais e sua atribuição a diferentes órgãos do Estado<sup>7</sup>.

Entretanto, coube a Montesquieu, lastreado no chamado *pessimismo antropológico*, a formulação da doutrina da *separação dos poderes* com a nomenclatura, bicameralismo legislativo e independência judicial usualmente conhecidos. O cerne da sua doutrina consiste na entrega de díspares funções a órgãos distintos e especializados, o que serviria de mecanismo de contenção do poder.

A separação orgânico-funcional estabelecida por Montesquieu parte de uma concepção iluminista de lei e de uma ideia mecanicista da função judicial<sup>8</sup>. Se tradicionalmente a separação das funções do Estado envolvia apenas a legislativa e executiva, Montesquieu acrescentou a judicial. A relevância da elaboração teórica das funções do Estado levada a efeito está, ainda, na completude científica e na atribuição do caráter jurídico a tais funções.

<sup>6</sup> POLÍBIO. *História*. Brasília: UNB, 1985.

<sup>7</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Edusf, 2006, capítulo XII, n.º 143.

<sup>8</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 122-123.

Para Georg Jellinek<sup>9</sup> o Estado detém dois fins: um jurídico e outro cultural. Pelo primeiro aspecto, estabelece e tutela o direito; pelo segundo, o Estado afirma a força e incrementa a cultura. Para a satisfação destes fins, o Estado se vale do estabelecimento de regras abstratas e atua concretamente para o alcance de objetivos individualizados. De acordo com o autor, nas funções do Estado, podem-se distinguir atividades livres – marcante na função legislativa – e vinculadas, ampla na jurisdicional.

A despeito do reconhecimento do fim cultural do Estado, há em Georg Jellinek apenas funções jurídicas, razão pela qual pondera Marcello Caetano que ele “*estava dominado pela ideia kantiana de que a razão de ser do Estado é a realização da Ordem jurídica, donde resultava o seu preconceito de só definir funções jurídicas*”<sup>10</sup>.

Léon Duguit, na determinação das funções do Estado, vale-se da noção de *ato jurídico*, qual seja, a manifestação de vontade tendente à produção de modificações na ordem jurídica, seja atual, seja futura próxima<sup>11</sup>. O ato jurídico, neste contexto, pode assumir a feição de ato-regra, ato-condição e ato subjetivo. O ato-regra é produzido com intento modificativo de regras abstratas constitutivas de direito objetivo. O ato-condição torna aplicável, a um indivíduo, regras abstratas determinadas que lhe eram inaplicáveis antes da prática do ato. O ato subjetivo gera obrigação especial, concreta, individual e momentânea, não imposta por nenhuma regra abstrata<sup>12</sup>.

Em Hans Kelsen, o Estado identifica-se com a ordem jurídica, razão pela qual as funções do Estado são tipicamente jurídicas. As funções do Estado

<sup>9</sup> JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Tome 2, Théorie juridique de l'Etat. Paris: Pantheon-Assas, 2005.

<sup>10</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 154.

<sup>11</sup> DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Vol. I, p. 219. *Apud*: CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p.151.

<sup>12</sup> DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Pantheon-Assas, 2007, p. 26.

correspondem a graus ou modos de realização da ordem jurídica. A aplicação do direito é, concomitantemente, sua produção. Todo ato jurídico é, simultaneamente, aplicação de uma *norma* superior, e produção, regulada por esta *norma*, de uma outra que lhe seja inferior<sup>13</sup>.

A premissa fundamental para a compreensão da divisão de funções proposta por Hans Kelsen é, por conseguinte, a concepção da sua *Teoria pura do direito*. O estudo de validade e criação da ordem jurídica, correspondendo à estática e à dinâmica da ordem estatal, pressupõe Estado enquanto ordem normativa. Partindo da premissa de que as funções executiva e judicial são, em essência, a mesma coisa, qual seja, aplicação do direito, Hans Kelsen vislumbra apenas essas duas funções do Estado<sup>14</sup>.

Georges Burdeau, atento aos atos do Estado, admite serem duas as suas funções fundamentais. Uma governamental, caracterizada por ser incondicionada, criadora e autônoma, subdividindo-se em legislativa e governamental *stricto sensu*. Outra, administrativa, marcada por ser derivada, secundária e subordinada, a qual se divide em jurisdicional, regulamentar e administrativa *stricto sensu*<sup>15</sup>.

Para Karl Loewenstein existem três funções do Estado. *Policy determination*, relacionada à deliberação das decisões políticas fundamentais conformadoras da sociedade no presente e no futuro; *policy execution*, voltada à adoção de medidas necessárias à implementação das decisões fundamentais; e, por fim, *policy control*, vinculada ao controle político dos órgãos estatais<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *General theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 269.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *General theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 269.

<sup>15</sup> BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du droit public*. Paris, n.º 60, p. 202-228, 1945.

<sup>16</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 312.

Traçando um quadro abrangente das diversas modalidades das atividades desenvolvidas pelo Estado, Marcello Caetano, não crendo poderem estas reduzir-se à criação e aplicação do direito, ressalta a preocupação com atividades do Estado cujo conteúdo escapa dos atos de criação e aplicação do direito. Estas outras atividades, para o autor nem sempre em si mesmas jurídicas, e quando muito exteriormente reguladas pela lei, correspondem à função política e à técnica, as quais estão em relação de interdependência com as funções jurídicas do Estado legislativa e executiva.

A por ele chamada de *Teoria integral das funções do Estado*, assim, implica em dizer que “*se todas as funções do Estado podem considerar-se jurídicas no sentido de que podem constituir objeto do Direito, há atividades com conteúdo jurídico e outras sem conteúdo jurídico*”<sup>17</sup>.

A função política liga-se à atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e persecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis<sup>18</sup>.

A função técnica relaciona-se à atividade dos agentes do Estado cujo objeto direto e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas de caráter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados.

A função legislativa define-se como a atividade dos órgãos do Estado

---

<sup>17</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 158.

<sup>18</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 172.

que encerra o estabelecimento, direto e imediato, de *normas* de caráter geral e impessoal inovadoras da ordem jurídica<sup>19</sup>.

A função executiva consiste na atividade dos órgãos que tenham por objeto, direto e imediato, a promoção e garantia do cumprimento das leis e aplicação de sanções<sup>20</sup>. Esta função engloba as modalidades jurisdicional, caracterizada pela imparcialidade e passividade, e administrativa, marcada, ao contrário, pela parcialidade e iniciativa.

Marcello Caetano, como se vê, baseia sua *Teoria integral das funções do Estado* no aspecto material das funções. O conteúdo dos atos estatais e os resultados almejados são, assim, o alicerce da referida teoria, a qual aparta, em duas funções estatais diferentes, a definição de rumos do Estado e a positivação de regras.

Jorge Miranda apresenta uma divisão tricotômica das funções do Estado considerando, para tanto, a conjugação de critérios materiais, formais e orgânicos<sup>21</sup>. A inovação desta teoria, além da conjugação de critérios, está na detecção de zonas de fronteira e de funções complementares, acessórias ou atípicas.

Funções política, administrativa e jurisdicional decorrem, portanto, dos fins ou do objeto dos atos em razão dos quais se desenvolvem (critério material), em razão dos modos e formas de sua manifestação (critério formal) e das instituições através dos quais são praticados estes atos (critério orgânico).

A função política, pelo critério material, compreende a definição primária e global do interesse público, a interpretação dos fins do Estado e escolha

<sup>19</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 166.

<sup>20</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 22.

dos meios adequados para atingi-los, além da sua direção. Pelo critério formal, abrange a liberdade ou discricionariedade máxima com subordinação às regras jurídicas, liberdade de escolha e ausência de sanções jurídicas específicas. Pelo critério orgânico, engloba os órgãos políticos e governativos em conexão direta com a forma e o sistema de governo.

A função política compreende a função legislativa, ou *legislatio*, e governativa, ou política *stricto sensu*, ou ainda *gubernatio*, consoante se traduza em atos normativos, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, e em atos de conteúdo não normativo.

A função administrativa, pelo critério material, realiza-se pela satisfação constante e cotidiana das necessidades coletivas, além da prestação de bens e serviços. Pelo critério formal, a iniciativa e, em regra, a parcialidade na prossecução do interesse público. Pelo critério orgânico, marca-se pela dependência funcional, com sujeição, no interior de cada sistema ou aparelho de órgãos e serviços, às ordens e instruções e ao recurso hierárquico.

A função jurisdicional, pelo critério material, abarca a declaração do direito em concreto e em abstrato. Pelo critério formal, marca-se pela passividade e imparcialidade. Pelo critério orgânico, pela independência e atribuição a órgãos específicos, os tribunais.

Conceituadas as funções, pontifica Jorge Miranda que “os atos próprios de cada função devem provir, em princípio, de órgãos correspondentes a essa função. Todavia encontram-se [...] algumas interpenetrações e inevitáveis zonas cinzentas”<sup>22</sup>. Todavia, tendo em vista o Direito positivo português, o autor elenca hipóteses nas quais não se pode falar em exatidão desta correspondência. Cita, dentre

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 34.

outras, as chamadas *decisões aditivas* do Tribunal Constitucional português e a verificação de fatos e atos do Presidente da República<sup>23</sup>.

Esses chamados atos assimétricos, ainda que significativos, não afetam, segundo o autor, o núcleo especificador dos órgãos a que são cometidos<sup>24</sup>. De fato, não são eles que individualizam as funções do Estado na sua generalidade, porém, ainda que não afetem, de forma absoluta, a tripartição de funções estatais, não se pode negar perturbações de ordens variadas.

Apresentada uma breve panorâmica da elaboração teórica das funções do Estado, estamos aptos a fixar o conceito de funções do Estado.

A função do Estado reflete, para Jorge Miranda, fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social. Expressa, ainda, atividade com características próprias, modelo de comportamento<sup>25</sup>.

No primeiro sentido, a função traduz o enlace entre a sociedade e o Estado e uma tentativa ou princípio de legitimação do exercício do *poder*. A função vincula-se, assim, ao Estado enquanto poder e como comunidade<sup>26</sup>.

No segundo, expressa atos e atividades que o Estado, constantemente, desenvolve em harmonia com as regras que o condicionam e conformam. A função, assim, é uma manifestação específica do *poder político*, um modo tipicizado de exercício do poder<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 35.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 36.

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 8.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 8-9.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 8-9.

Em ambas as acepções, “*exibe-se um elemento finalístico: directamente, na função como tarefa; indirectamente, na função como actividade*”<sup>28</sup>. Com efeito, a tarefa é o fim historicizado que implica na adstrição de um comportamento que inexistente por si mesmo; a atividade, um meio para a consecução de fins qualificados.

A função no sentido de atividade relaciona-se a um complexo ordenado de atos, interdependentes, ou apenas aparentemente, uns em relação aos outros, destinados à persecução de um fim ou de vários fins conexos. É a atividade, desenvolvida pelo Estado, por meio de seus órgãos e agentes, na realização das incumbências que lhe são atinentes constitucional e legalmente. Não há, nessa perspectiva, atividade do Estado senão nos limites do direito. A atividade é específica ou diferenciada, duradoura e globalizada<sup>29</sup>. Para o mesmo autor, “*são os fins do Estado, permanentes ou conjunturais, que determinam o tipo e a feição das actividades dos seus órgãos e agentes, e são as normas jurídico-públicas que as qualificam como actividades do Estado*”<sup>30</sup>.

Marcello Caetano, do mesmo modo, adota o elemento finalístico para a qualificação da noção de funções do Estado. Para ele a função é uma “*actividade específica, complementar de outras actividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado*”<sup>31</sup>.

As funções do Estado, assim, relacionam-se à compreensão da sua ação haja vista os fins de segurança, justiça e bem-estar<sup>32</sup>. Funções do Estado são, assim, atividades específicas, coordenadas e teleológicas. Tais funções sempre estão condicionadas pelo Direito.

<sup>28</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 9.

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 11.

<sup>30</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 11.

<sup>31</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 148.

<sup>32</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 149.

### III. A FUNÇÃO POLÍTICA DO ESTADO

Para levar a cabo a análise proposta, é necessário debruçarmos-nos dentre as várias funções estatais, na sua função política.

Marcello Caetano sustenta que a função política é atividade não jurídica do Estado. Não conteria, em si mesma, criação e execução do direito, ainda que possa adotar, em determinadas hipóteses, formas jurídicas ou sujeitar-se ao direito<sup>33</sup>.

Entretanto, dentro da apresentada elaboração teórica das funções do Estado, só se pode adotar um conceito de função política nos quadrantes do direito posto.

A função política é atividade fundamental dos órgãos superiores do Estado com vistas a assegurar, *verbi gratia*, a unidade e coesão nacionais, definir interesses coletivos, escolher objetivos concretos a realizar e os meios a serem empregados<sup>34</sup>.

Há que se destacar, aqui, que a opção em temas fundamentais para a preservação do Estado e promoção do bem comum, por órgãos instituídos pela Constituição, ocorre dentro de uma margem de interpretação das disposições constitucionais.

Jorge Miranda destaca que o específico da função política está na incidência da forma e do sistema de governo. Ou seja, é a Constituição que,

<sup>33</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 171.

<sup>34</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 172.

sintonizada com a forma e o sistema de governo por ela consagrado, cria e regula os órgãos incumbidos do exercício da função política<sup>35</sup>.

A função política, destarte, é a atividade de definição primária e global do interesse público, a atividade de interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para atingi-los. Inerente ao conceito está, ainda, o exercício por órgãos em conexão direta com a forma e o sistema de governo.

Assim é que Cristina M. M. Queiroz assinala ser a função política *“muito mais do que a simples afirmação de uma actividade governamental tout court”*<sup>36</sup>. Não se apresenta, do mesmo modo, como momento destacado na atividade do governo, mas *“diz respeito a todos os órgãos constitucionais chamados à concretização da vontade política constitucionalizada”*<sup>37</sup>.

Quanto ao exercício por opções em temas fundamentais, recorde-se Jorge Miranda, para o qual a função política possui por característica *“a interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura”*<sup>38</sup>

Intrínseco ao exercício da função política está a liberdade de escolha, dentro do campo de interpretação da Constituição, relacionada aos rumos e condução dos meios para a manutenção ou transformação das estruturas de uma sociedade global ou das relações fundamentais entre sociedades, como afeiçoa Michel Debrun<sup>39</sup>.

Conclui-se, assim, que a função política do Estado relaciona-se,

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 28.

<sup>36</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 112.

<sup>37</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 112.

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992.

<sup>39</sup> DEBRUN, Michel. *O fato político*. Rio de Janeiro: FGV, 1962, p. 37.

basicamente, ao exercício do *poder* de decisão política por órgãos em conexão direta com a forma e o sistema de governo, os quais são responsáveis pela concretização da vontade política constitucionalizada, concretização esta que ocorre dentro dos quadrantes do direito posto.

#### IV. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA

No contexto da distinção clássica entre o direito e a política, salienta Larry D. Kramer<sup>40</sup> que à política, a soberania popular, o princípio majoritário e o domínio da vontade; ao direito, o primado da lei (*the rule of the law*), o domínio da razão. Nesse contexto, Georg Jellinek vincula a Constituição aos princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado<sup>41</sup>.

Para o referido autor, a política está fora da Constituição<sup>42</sup>. Além do mais, deveria haver uma separação entre o direito e a política no estudo do Estado, inclusive na análise da Constituição<sup>43</sup>.

A teoria jurídica do Estado de Georg Jellinek, segundo Pedro de Veja García, está ligada a três pressupostos: a positividade do direito, o monopólio estatal

<sup>40</sup> “We in the twenty-first century tend to divide the world into two distinct domains: a domain of politics and a domain of law. In politics, the people rule. But not in law. Law is set aside for a trained elite of judges and lawyers whose professional task is to implement the formal decisions produced in and by politics” (KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004, p. 7).

<sup>41</sup> JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 505.

<sup>42</sup> JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 361-363.

<sup>43</sup> JELLINEK, G. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*. Goldbach: Keip Verlag, 1996, p. 5-6.

da produção jurídica e a personalidade jurídica do Estado<sup>44</sup>.

Sustentam-se na distinção clássica entre o direito e a política as crenças da neutralidade científica, da completude do direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das regras jurídicas, em valorações estritamente técnicas.

A relação entre o direito e a política encontra-se cunhada pela positivação do direito, assim entendida como passagem da validade tradicional ou transcendente para validade decisionista, como afeiçoa Dieter Grimm<sup>45</sup>. Ainda que o que valha juridicamente seja decidido politicamente, a política, segundo o referido autor, subordina-se ao direito.

Não há conteúdo politicamente independente do direito. Porém, já que o direito não pode operar determinadas modificações a partir de si mesmo, faz-se necessário a existência de uma instância com legitimidade de decisão que se encarregue de restabelecer o que podemos chamar de nexos perdidos entre exigências sociais e soluções jurídicas<sup>46</sup>.

Pondera Luís Roberto Barroso que o *“direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa”*<sup>47</sup>. Portanto, direito e política, ainda que pretensamente diversificados e separados por linhas de demarcação analítica, normativa ou funcional, estão osmoticamente atrelados<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> GARCÍA, Pedro de Vega. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Apud*: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*. 2004, n.º 61, p. 5-24, p. 6.

<sup>45</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

<sup>46</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 6.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>48</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O ambiente sistêmico da função judicial e o espaço político da

Os laços entre o direito e a política são, com efeito, inevitáveis. Destaca o citado autor que o por ele chamado de “*encontro não marcado entre o direito e a política*” ocorre em razão da linguagem aberta dos textos jurídicos, das inevitáveis colisões de normas constitucionais e dos desacordos morais razoáveis (*moral reasonable disagreement*), relacionados à ausência de conciliação possível em determinadas matérias em sociedades pluralistas.

Rudolf Smend tinha por Constituição a ordenação jurídica do Estado, a dinâmica vital na qual se desenvolve a vida estatal, isto é, de seu processo de integração com vistas à permanente reestruturação da sua realidade. A Constituição seria o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo<sup>49</sup>.

Coloca-se nesse sentido a proposta de “*Constituição dirigente*”, de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>50</sup>, o qual, pela teoria material da Constituição, pondera que como todas as Constituições conformam o político, racionalizando-o, há o estabelecimento de uma vinculação jurídica para os atos políticos.

Não se pode negar, por conseguinte, que a Constituição seja uma interface entre os universos jurídico e político. Em sendo o direito constitucional um direito político, devemos retomar a proposta de Karl Loewenstein, que entendia a teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição detém na dinâmica política<sup>51</sup>.

Entretanto, não se está a patrocinar uma invasão indevida da política no direito e, em especial, na Constituição. Esta politização corresponde às respostas

---

magistratura. *Revista de Processo*. Vol. 98, p. 43, abr.-jun, 2000.

<sup>49</sup> SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 274. *Apud*: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*. 2004, n.º 61, p. 5-24, p. 8.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

<sup>51</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 217-222.

que o direito deve oferecer às demandas do sistema político a partir de sua própria recursividade<sup>52</sup>. O intuito é, ainda, frisar que não há função política do Estado senão nos quadrantes do direito posto.

A política, portanto, ainda que possa assumir noção polissêmica, especialmente consideradas as diversas áreas do conhecimento, é ressignificada no âmbito do Direito.

Como se sabe, o Direito é aberto no sentido semântico. Ele colhe expressões em outros ambientes da vida social, internalizando-as, ocasião em que assume sentido próprio.

Nesses termos, quando se fala em *crime* de responsabilidade, bem como em julgamento ou responsabilidade política do Presidente da República, deve-se extrair do qualificativo político a concretização de uma vontade política constitucionalizada, o que ocorre dentro dos quadrantes do Direito posto e não mediante as noções de política de outras áreas do conhecimento, bem como da da Ciência Política e da teoria do Estado.

---

<sup>52</sup> Como bem sintetiza Celso Fernandes Campilongo: “as grandes categorias do constitucionalismo moderno constroem as bases estruturais para a autonomia funcional do direito (...). Mas as Constituições, se de um lado fornecem as ferramentas para o fechamento operativo do direito, de outro também são o mecanismo da abertura cognitiva do direito para a política. No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não representa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema. Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 24).

## V. O CRIME DE RESPONSABILIDADE: NATUREZA JURÍDICA

O exercício do *munus* público sujeita os agentes políticos à responsabilidade, eis que o princípio republicano informa toda a nossa estrutura do Estado<sup>53</sup>. Ele impõe que os agentes públicos sejam responsáveis (*accountable*) pelos comportamentos que adotem no exercício da sua função pública.

A forma republicana de governo é, para José Joaquim Gomes Canotilho, “*constitutiva de uma inarredável identidade constitucional*”<sup>54</sup>. Assim é que uma das principais características da forma republicana está na “*ideia de ‘antiprivilégio’ no que respeita à definição dos princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos*”. Na expressão do autor, a forma republicana de governo relaciona-se aos critérios de “*electividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, aos critérios de designação, hierarquia e vitaliciedade*”<sup>55</sup>.

Para José Afonso da Silva, a eleição periódica, por si só, não esgota a *realidade democrática*. Por essa razão é que, ao longo do exercício do mandato popular, os representantes devem responder por seus atos<sup>56</sup>.

Com efeito, o *crime* de responsabilidade é uma infração político-administrativa praticada por determinados agentes políticos, isto é, aqueles “*titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores*

<sup>53</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Princípio republicano e provimento dos cargos públicos. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, n. 10, ano 14, p. 67-99, 1996.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 228.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 229.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 550.